مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

مؤسس المجلة : الدكتور زكى عبد المتعال

رئيس التحرير : الدكتور أنور سلطان

السنة الثامنة (١٩٥٨ - ١٩٥٩)
العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية
١٩٥٩

لجنة التحرير

مجلة الحقوق

للبحوث القانونية والاقتصادية

تصدرها

كلية الحقوق فى جامعة الاسكندرية

السنة الثامنة (١٩٥٨ – ١٩٥٩)

العددان الأول والثانى

مطبعة جامعة الاسكندرية

١٩٥٩

فهرس

صفحة

Page

مسئولية الناقل الجوى (1)

فى اتفاقية " فارسوفيا " وبروتوكول " لاهاى " المعدل لها (2)

للدكتور حسن كيره

أستاذ القانون المدنى المساعد بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

١ — تمهيد

يثير النقل الجوى ، سواء كان نقل أشخاص أو نقل بضائع ، مشكلة تنازع بين قوانين الدول المختلفة . ذلك أن الملاحة الجوية فى أغلبها دولية

---

(1) واضح من وصف المسئول بالناقل أن المقصود بالمسئولية هنا هو مسئوليته كناقل فى شأن تنفيذ عقد النقل أى مسئوليته بهذا الوصف قبل الركاب والمرسلين ، فيخرج عن نطاق البحث اذن كل مسئولية قد تتحقق فى جانبه بوصف وعلى أساس آخر ، كالمسئولية عن الأضرار التى تصيب الغير على سطح الأرض ، أو المسئولية عن التصادم الجوى بين الطائرات .

(2) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

Blanc-Dannery, La convention de Varsovie et les règles du transport aérien international, thèse Paris, 1933. — Van Houtte , La responsabilité civile dans les transports aériens intérieurs et internationaux, 1940, pp. 24-133. — Lemoine, Traité de droit aérien, 1947, Nos. 810-861, pp. 539-570. — Picard (Maurice), Le droit aérien, 1949, pp. 152-166. — Chauveau, Droit aérien, 1951, Nos. 323-385. - De Juglart, Traité élémentaire de droit aérien, 1952, Nos. 265-310, p.p. 317-364. - Rabut, La convention de Varsovie, 1952. — Litvine, Précis élémentaire de droit aérien, Bruxelles, 1953 ,pp. 124 et S. — Scapel, Traité théorique et pratique sur les transports par mer - terre - eau - air - fer, Le destinataire de marchandises, 1958 pp. 97 - 107. — François, Le droit aérien, instrument idéal d'unification en matière de responsabilité du transporteur, Revue française de droit aérien, 4e. année, No. 4e. pp. 333 - 376 . — Chauveau, L' accident des Açores et la responsabilité du transporteur aérien, Revue française de droit aérien, 6e. année, No. 3, pp. 240 - 253.

ضياء الدين صالح ، اتفاقية فارسوفى الدولية للطيران المدنى ، المجلة المصرية للقانون الدولى ، ١٩٥٥ ، ص ٦٢ — ١١٥ . — محسن شفيق ، الوسيط فى القانون التجارى المصرى ، ج ٢ ، الطبعة الثالثة ، ١٩٥٧ فقرات ٢٠٥ — ٢٢١ ، ص ١٧٥ — ١٨٨ . — أكثم الخولى ، الوسيط فى القانون التجارى ، ج ٤ ، العقود التجارية ، ١٩٥٨ ، فقرات ٣٤٢ — ٣٤٨ ، ص ٣٩٩ — ٤١٠ .

تتم بين دولتين أو أكثر ، مما يفتح باب التنازع بين كل من قوانين الدول التى تقوم منها أو تمر بها أو تهبط فيها الطائرة ، فالطائرة — رغم حداثة العهد بها بين وسائل النقل المختلفة — قد غدت اليوم فى طليعة هذه الوسائل تحقيقا للاتصال والربط السريع اليومى بين مختلف الدول قريبها والبعيد على السواء .

وقيام هذا الوضع من التنازع بين القوانين الوطنية فى شأن النقل الجوى ، ليس مما يعين على نمو حركة الملاحة الجوية وانتشار النقل الجوى . من أجل ذلك ، أدركت كثير من الدول — منذ أول العهد بالملاحة الجوية واستخدامها وسيلة منتظمة من وسائل النقل الدولى — ضرورة تفادى هذا الوضع ، وهو ما دفعها الى السير فى طريق توحيد القواعد القانونية التى تحكم النقل الجوى الدولى ، مما انتهى بها الى التوصل الى اصدار اتفاقية " فارسوفيا " المعقودة فى ١٢ أكتوبر سنة ١٩٢٩ .

ولم يتح لمصر أن تصدق على اتفاقية " فارسوفيا " وبروتوكول " لاهاى " المعدل لها الا أخيرا . فقد أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٥٩٣ لسنة ١٩٥٥ بالموافقة على اتفاقية فارسوفيا (١) ، ثم صدر بعد ذلك قرار من وزير الخارجية بنشر نصوصها (٢) . وكذلك صدر بالموافقة على بروتوكول لاهاى القانون رقم ٦٤٤ لسنة ١٩٥٥ (٣) .

غير أنه ينبغى أن يراعى أن هذا التوحيد فى شأن قواعد النقل الجوى الدولى لا يعنى القضاء نهائيا على مشكلة التنازع بين القوانين الوطنية فى هذا الصدد . ذلك أن هذا التوحيد قاصر على الدول المنضمة أو المصدقة على اتفاقية فارسوفيا دون غيرها ، فضلا عن أن نطاق تطبيق هذه الاتفاقية لا يشمل كذلك — حتى بالنسبة الى أطرافها — كل أنواع النقل الجوى الدولى بالمعنى المعروف .

---

(١) الوقائع المصرية فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ٩٥ مكرر .

(٢) الوقائع المصرية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ١٠٠ .

(٣) الوقائع المصرية فى ٣١ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ١٠١ مكرر .

وكذلك يراعى أن هذا التوحيد — حتى بالنسبة الى الدول الأطراف فى اتفاقية فارسوفيا — ليس بالكامل ، لأنه يترك الحرية لكل دولة لكى تحكم حسب قانونها الداخلى الملاحة الجوية التى تتم داخل اقليمها . وبذلك ينشأ ازدواج فى النظم والقواعد القانونية التى تحكم الملاحة الجوية تبعا لما اذا كانت هذه الملاحة دولية تخضع لاتفاقية فارسوفيا أو داخلية تخضع للقانون الداخلى الوطنى . وهذا بطبيعة الحال وضع معيب ، يكفى فى بيانه أن نفس الطائرة قد تضم أشخاصا يخضع بعضهم للقانون الوطنى ويخضع بعضهم الآخر لأحكام اتفاقية فارسوفيا . فالأشخاص الذين يأخذون طائرة من القاهرة الى باريس وتهبط الطائرة فى الطريق فى الاسكندرية لا يخضعون كلهم لنفس القواعد ، اذ يخضع للقانون المصرى المسافرون من القاهرة الى الاسكندرية ، بينما يخضع لأحكام اتفاقية فارسوفيا المسافرون الذين يجلسون بجوارهم ولكنهم يتابعون السفر الى باريس .

وهذا النظام المعيب من ازدواج القواعد القانونية التى تحكم النقل الجوى فى أغلب الدول يجب انهاؤه . وخير وسيلة لذلك أن يعمل كل مشرع وطنى — من الدول الأطراف فى اتفاقية فارسوفيا — على ادخال نفس أحكامها فى التشريع الوطنى الداخلى وتطبيقها على الملاحة الجوية الداخلية التى تتم فى اقليمه ، فتتوحد بذلك القواعد القانونية التى تحكم النقل الجوى الداخلى والدولى على السواء . ولكن المشرعين الوطنيين — الا أقلهم — لم يسيروا فى اتجاه التوحيد على هذا النحو . ولذلك اتجهت "جمعية النقل الجوى الدولى" (١) — وهى التى تضم أغلب الناقلين فى مختلف الدول — وجهة أخرى من التوحيد ، عن طريق وضع قواعد ونظم معينة تحكم النقل الجوى الداخلى وخاصة وضع عقود نقل جوى نموذجية فى هذا الشأن تتفق مع قواعد اتفاقية فارسوفيا(٢) وتكمل أحكامها ،

---

(١) Association du Transport aérien Intérnational.

(٢) ومع ذلك ، فيبدو أن "جمعية النقل الجوى الدولى" تترخص أحيانا فى مخالفة قواعد اتفاقية فارسوفيا فى شأن عقود النقل الجوى التى لاتخضع لهذه الاتفاقية (أنظر : Du Juglart, =

وهو ما تضمنته القواعد المعروفة باسم "اتفاق انفرس" (Acord d'Anvers)[1]. واذا كان هذا الطريق طريقا عمليا للتوحيد ، الا أنه قد يصطدم بما قد يوجد فى بعض القوانين الداخلية من قواعد آمرة مخالفة[2] ، فضلا عن أنه طريق اختيارى توصى الجمعية أعضاءها باتباعه دون اجبارهم على ذلك[3] .

واذا كانت اتفاقية فارسوفيا وبروتوكول لاهاى المعدل لها يتعرض للنقل الجوى الدولى عموما ، فالذى يعنينا فى هذا المقال من أحكامها هو ما يتعلق بمسئولية الناقل الجوى فحسب . واقتصارنا على بحث هذه المسئولية فى نطاق اتفاقية فارسوفيا ، وخاصة بعد أن صدقت مصر عليها وعلى بروتوكول لاهاى المعدل لها ، مقتضاه استبعاد البحث فى أحكام المسئولية عن النقل الجوى الداخلى التى لا تنطوى تحت هذه الاتفاقية بل تخضع للقوانين الوطنية أو حيث يتعلق الأمر بمصر للقانون الداخلى المصرى[4] ، وفى قواعد حل التنازع بين القوانين المختلفة السيادة فى شأن

= (op. cit. No 311, p. 365 . ولكن هذا المسلك من جانبها يخالف ماتختطه أصلا من خطة التوحيد فى النظم والقواعد التى تحكم النقل الجوى الداخلى والدولى ، فضلا عن أنه يحمل أحيانا طابع التحيز للناقل الجوى والتخفيف من مسؤليته واهدار ماتوصلت اتفاقية فارسوفيا الى تحقيقه من اقامة توازن واجب بين المصالح المتعارضة فى هذا الشأن .

(١) أنظر فى ذلك : Lemoine, op cit,. Nos. 575, 576. — Chauveau, op. cit, Nos - 199, 200 — De Juglart, ibid.

(٢) Chauveau, op. cit., No. 200 . — De Juglart, ibid.

(٣) Chauveau, op. cit , No · 199

(٤) لايتضمن التشريع المصرى الداخلى أحكاما خاصة تحكم عقد النقل الجوى الداخلى ولا المسئولية الناشئة عنه . ولذلك يجب الرجوع فى شأن هذه المسئولية لحكم القواعد العامة فى المسئولية المدنية ولما يوجد من قواعد خاصة فى شأن المسئولية عن النقل البرى (راجع فى هذه القواعد : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٠٧ — ٢٤٩ و ٢٥٢ — ٢٧٨ . — محسن شفيق ، المرجع السابق ، فقرات ٣٨ — ١٥٩ و ١٨٣ — ١٩٠ . — أكثم الخولى ، المرجع السابق ، فقرات ٢٨٦ — ٣٢٢ و ٣٣٤ — ٣٤٠ .

المسئولية عن النقل الجوى الدولى الذى لا يعتبر دوليا فى مفهوم هذه الاتفاقية ولا يخضع بالتالى لأحكامها [1] .

وللوقوف على مسئولية الناقل الجوى المحكومة باتفاقية فارسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهاى ، ينبغى أن نعرض أولا لتحديد نطاق هذه الاتفاقية لنتعرف على مدلول النقل الخاضع لأحكامها وخاصة لنظام المسئولية المقرر فيها ، ثم نعرض لنظام هذه المسئولية من حيث طبيعتها وأساسها ، والأضرار التى تشرعها ، وأسباب دفعها ، ومبدأ الحد منها ومداه ، وحكم الاتفاقات المتعلقة بها وخاصة شروط الاعفاء منها ، وأخيرا دعوى هذه المسئولية .

المبحث الأول

نطاق تطبيق اتفاقية فارسوفيا
أو تحديد النقل الجوى الخاضع لأحكامها ولنظام المسئولية فيها

٢ — إذا كنا نستهل بتحديد نطاق تطبيق اتفاقية فارسوفيا المعدلة ببروتوكول لاهاى ، فلأن هذا التحديد أساسى فى بيان ما يخضع من النقل الجوى لأحكام هذه الاتفاقية عامة ولنظام المسئولية الخاص المقرر فيها . وقد تصدت المادة الأولى من الاتفاقية لتحديد ذلك ، فوضعت شرطين أساسيين لاخضاع النقل الجوى لأحكامها : الأول ، أن يكون النقل دوليا

---

(١) أنظر فى أصول حل هذا التنازع بين القوانين بوجه عام :

Lemoine, op. cit., Nos. 562 - 574. - Chauveau, op. cit., Nos 215 - 220 — De Juglart, op. cit., No 275.

وأما فى مصر ، فيجب مراعاة ماتقضى به قواعد الاسناد المصرية من حلول عامة لمشكلة التنازع بين القوانين فى شأن الالتزامات التعاقدية ، اذ الأمر يتعلق هنا بالتزامات ناشئة عن عقد النقل ، فيما تقضى به المادة ١/١٩ من التقنين المدنى من أنه "يسرى على الالتزامات التعاقدية قانون الدولة التى يوجد بها الموطن المشترك للمتعاقدين اذا اتحدا موطنا ، فان اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التى فيها العقد . هذا مالم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانونا آخر هو الذى يراد تطبيقه ".

مع إعطاء الصفة الدولية للنقل معنى خاصا أضيق من المعنى المعروف . والثانى ، أن يكون النقل بمقابل لامجانيا إلاماستثنى . فنعرض لهذين الشرطين فيما يلى :

٣ ــ الشرط الأول ــ يجب أن يكون النقل دوليا

إذا كانت الصفة الدولية فى المفهوم المتعارف عليه تثبت للنقل إذا تم من دولة إلى دولة أخرى أو بين أكثر من دولتين أى إذا وقع فى نطاق سيادتين مختلفتين أو أكثر ، فإن الاتفاقية لم تكن لتستطيع أن تأخذ بهذا المعنى للطابع الدولى للنقل الجوى الذى يخضع لأحكامها ، مادام أنها غير شاملة لكل دول العالم بل لبعضها فحسب حتى ولو كان هذا البعض هو الغالب . فمادام أنه ليس للاتفاقية نفاذ إلا على أطرافها ، فإنها مضطرة حينئذ إلى أن تقصر الصفة الدولية على النقل الجوى فى هذه الحدود . ولذلك تنص الفقرة الثانية من المادة الأولى من اتفاقية فارسوفيا المعدلة بلاهاى على أن "يعتبر نقلا دوليا فى عرف هذه الاتفاقية كل نقل تقع فيه نقطتا القيام والوصول وفقا لاتفاق المتعاقدين ، سواء كان هناك انقطاع للنقل أو تغيير للطائرة أو لم يكن ، اما فى اقليم طرفين سامين متعاقدين ، واما فى اقليم طرف واحد سام متعاقد متى نص على مرسى فى اقليم دولة أخرى حتى ولو لم تكن طرفا ساميا متعاقدا . ولا يعتبر نقلا دوليا فى عرف هذه الاتفاقية النقل ، دون وجود مثل هذا المرسى ، بين نقطتين فى اقليم طرف واحد سام متعاقد". ومن هذا النص ، يتبين أنه يلزم لاعتبار النقل الجوى دوليا فى مفهوم هذه الاتفاقية توافر ركنين ، ركن مادى وركن معنوى .

١ ــ الركن المادى: لم تأخذ الاتفاقية فى إسباغ الصفة الدولية على النقل الجوى الخاضع لأحكامها بمعيار جنسية الطائرة ، أو جنسية أطراف عقد النقل[1] ، أو شخصية الناقل[2] ، وانما أخذت فى ذلك بمعايير

---

(١) ولذلك تطبق أحكام الاتفاقية حتى ولو كان الناقل أو المسافر أو الشاحن من جنسية دولة غير منضمة أو مصدقة على الاتفاقية مادام النقل الجوى دوليا فى عرف هذه الاتفاقية (انظر فى هذا المعنى : Chauveau, op. cit. , No. 206.

(٢) ولذلك يستوى أن يكون النقل الجوى شخصا من أشخاص القانون العام =

موضوعية تتعلق بذات الرحلة الجوية ، سواء عن طريق الاعتداد بنقطتى القيام والوصول أو بمحل المرسى الذى يتخلل الرحلة الجوية .

فأما عن الاعتداد بنقطتى القيام والوصول، فيكفى لاعتبار النقل الجوى دوليا فى عرف هذه الاتفاقية وقوع كل من هاتين النقطتين فى اقليم دولة متعاقدة(1). وعلى هذا فالطيران ، الذى يتم بقصد النقل بين دولتين متعاقدتين يعتبر دوليا فى هذا المفهوم حتى ولو كانت الطائرة تحلق فوق اقليم دولة غير متعاقدة . بينما لا يعتبر دوليا فى مفهوم هذه الاتفاقية النقل الجوى الذى تقع نقطة القيام فيه فى اقليم دولة متعاقدة ونقطة الوصول فى اقليم دولة غير متعاقدة أو العكس ، ولا النقل الجوى الذى يتم بين دولتين غير متعاقدتين من باب أولى ، حتى ولو كانت الطائرة تحلق فوق دول متعاقدة أو ترسو فى الطريق فى أقاليم دول متعاقدة(2) .

وأما عن الاعتداد بمحل المرسى الذى يتخلل الرحلة الجوية ، فلا يعرض إلا فى حال وقوع نقطة القيام ونقطة الوصول فى اقليم دولة واحدة متعاقدة .

= أو من أشخاص القانون الخاص ، طبيعيا كان أو اعتباريا . والاتفاقية صريحة فى سريان أحكامها على أشخاص القانون العام ، اذ تنص المادة 2/1 منها على أن "تطبق هذه الاتفاقية على عمليات النقل التى تقوم بها الدولة أو الأشخاص الاعتبارية الأخرى فى عرف القانون العام بالشروط المنصوص عليها فى المادة الأولى" ، الا عملية "نقل الرسائل والطرود البريدية" ، (م 2/2 معدلة ببروتوكول لاهاى) التى تحكمها اتفاقيات دولية خاصة .

(1) كان الخلاف قائما حول تفسير اصلاح "الطرف المتعاقد" فى حكم اتفاقية فارسوفيا ، فكان القضاء الانجليزى يصرفه الى كل دولة موقعة على الاتفاقية ولو لم تكن قد صدقت عليها بعد ، بينما كان الرأى الغالب يقصره – من بين الدول الموقعة – على الدول المصدقة على الاتفاقية ، ويصرفه كذلك بطبيعة الحال الى الدول المنضمة اليها من بعد (أنظر فى هذا الخلاف : Lemoine, op. cit., No. 553. — Chauveau, op. cit., No. 205. —Du Juglart, op. cit. No. 267. — Rabut, op. cit., p. 6. — Litvine., op. cit., No. 184).
ولكن بروتوكول لاهاى قطع هذا الخلاف بالانحياز الى الرأى الثانى ، اذ أضافت المادة 17 منه مادة جديدة الى الاتفاقية هى المادة 40 (1) ، تقضى فقرتها الأولى بأن "... اصطلاح "الطرف السامى المتعاقد" يعنى الدولة التى يكون تصديقها أو انضمامها الى الاتفاقية قد أصبح نافذا والتى لا يكون انسحابها نافذا بعد" .

(2) فى هذا المعنى : Lemoine, op. cit., No. 554. — Chauveau, op cit., No. 205.

فالأصل أن النقل هنا يكون داخليا ، ولكن يكفى لتغيير وصفه إلى دولى — فى مفهوم هذه الاتفاقية — أن يكون مراعى فيه الهبوط خلال الرحلة الجوية فى اقليم دولة أجنبية متعاقدة كانت أو غير متعاقدة . ويبدو أنه ليس من الضرورى تحديد المرسى الذى يقصد توقف الطائرة فيه خلال الرحلة الجوية على سبيل اليقين ، فيظل النقل الجوى معتبرا دوليا إذا كان بين نقطتين فى اقليم دولة متعاقدة مادام مفهوما الرسو فى الطريق فى مرسى ما بدولة أجنبية ولو غير متعاقدة[1] .

وإذا كان المرسى فى دولة أجنبية ولو غير متعاقدة كافيا لاسباغ الصفة الدولية فى عرف الاتفاقية على النقل الذى يتم بين نقطتين فى اقليم نفس الدولة إذا كانت متعاقدة ، فالاتفاقية تحدد هذا الاقليم تحديدا واسعا لا يقتصر على اقليم الدولة الأم وانما ينصرف كذلك الى جميع الأقاليم التى تقوم بتمثيلها فى علاقاتها الخارجية (م ٤٠ أ / ٢ ، مضافة بالمادة ١٧ من بروتوكول لاهاى) . ولذلك يعتبر نقلا دوليا ، فى مفهوم هذه الاتفاقية النقل الجوى فيما بين انجلترا وبين مالطة ، أو فيما بين بلجيكا وبين الكونغو البلجيكى[2] ، إذا كان مقصودا الهبوط فى الطريق فى أية دولة أجنبية متعاقدة أو غير متعاقدة[3] .

---

(١) Chauveau, op. cit., No. 270 — De Juglart, op. cit., No. 269. — Litvine op. cit., No. 181 .

(٢) Litvine, op. cit., No. 189

(٣) ويثور التساؤل عما اذا كانت رحلات الذهاب والاياب تخضع أم لا لأحكام اتفاقية فارسوفيا ، اذا كان القيام فيها من اقليم دولة متعاقدة للذهاب الى اقليم دولة غير متعاقدة ثم العودة منها ثانيا الى الدولة الأولى . وقد قضت المحاكم الانجليزية خاصة بخضوع مثل هذه الرحلات للاتفاقية اذا كانت بمقتضى تذكرة واحدة للذهاب والاياب ، على أساس اعتبار أن نقطة القيام فيها ونقطة الوصول النهائية بالعودة تقع فى اقليم دولة واحدة متعاقدة ويقصد الهبوط فى سفرة الذهاب فى مرسى بدولة غير متعاقدة ، فيكون نقلا دوليا فى مفهوم الاتفاقية (Lemoine, op. cit. No 553 - Chauveau, op. cit., No. 208 · Litvine, op. cit. No· I82).

ولكن يجب التحفظ فى قبول هذا القضاء ، لأن النظر الى رحلة الذهاب والاياب باعتبارها عملية نقل واحدة لايصدق فى كل الأحوال ، ووجود تذكرة واحدة للذهاب والاياب ليس دليلا =

٢ ـ الركن المعنوى : اذا توافر الركن المادى على ما سبق من بيان ، فهو غير كاف بمفرده لاسباغ الصفة الدولية على النقل الجوى فى مفهوم اتفاقية فارسوفيا ، بل يجب لذلك تعزيزه بركن معنوى يفصح عن انصراف ارادة أطراف النقل الى تحقيق الركن المادى . ولذلك كان من المستقر أن العبرة فى اعتبار النقل الجوى دوليا فى عرف هذه الاتفاقية تكون بما اتجهت اليه ارادة المتعاقدين من تحديد لنقطتى القيام والوصول أو للمرسى على حسب الأحوال ، لا بمدى حظ هذه الارادة من التحقيق فى العمل [1]. فأيا كان الواقع العملى ، تظل للنقل الجوى أو لا تظل الصفة الدولية فى مفهوم الاتفاقية حسب اتجاه ارادة المتعاقدين أو عدم اتجاهها أصلا الى تحقيق الركن المادى. واناطة الصفة الدولية للنقل الجوى بالارادة على هذا النحو هو ما يمليه المنطق ، إذ ينبغى أن يتحدد النظام الذى يحكم العقد تحديدا نهائيا بمجرد انعقاد العقد دون تأثر من بعد بأية ظروف عارضة أو طارئة تنحو بتنفيذ العقد نحوا مخالفا لما اختطته وقصدته الارادة أصلا [2] .

ولذلك اذا اتجهت الارادة فى عقد النقل الجوى الى أن يتم النقل بين دولتين متعاقدتين ، فهذا كاف لاعطاء مثل هذا النقل الصفة الدولية ، حتى ولو جدت من بعد ظروف أدت الى عدم بلوغ نقطة الوصول المحددة والى توقف الطائرة فى نفس الاقليم الذى بدأت الرحلة منه أو فى اقليم دولة أخرى غير متعاقدة . وكذلك اذا اتجهت الارادة فى شأن النقل الجوى الذى يتم بين نقطتين تابعتين لسيادة دولة واحدة متعاقدة ، الى الهبوط فى مرسى بدولة أجنبية ولو كانت غير متعاقدة ، فهذا كاف لاعطاء هذا النقل الصفة الدولية بحيث لا يغير منها عدم

=دائما على صحة مثل هذا النظر وخاصة اذا كان يفصل بين الذهاب والاياب فترة طويلة (أنظر كذلك فى انتقاد هذا القضاء : Van Houtte, op. cit., No. 12 p. 36. — أكثم الخولى ، المرجع السابق ، هامش (٢) ص ٤٠١) .

(١) فى هذا المعنى :

Blanc - Dannery, op. cit., p. 14 .— Van Houtte, op. cit., No. 12. p. 35 — Lemoine, op. cit., No· 554 — Chauveau, op. cit., No. 207 — De Juglart, op. cit., No. 268 — Rabut, op. cit., p. 5. — Litvine, op. cit., No. 181 .

(٢) Chauveau, Ibid.

تمام هذا الهبوط فعلا لسبب من الأسباب[1]. وكذلك اذا لم تنصرف الارادة الى الهبوط فى دولة أجنبية بحيث يعتبر النقل حينئذ غير دولى فى مفهوم الاتفاقية ، فلا يقلبه الى دولى اضطرار الطائرة فعلا الى الهبوط أثناء الرحلة فى دولة أجنبية[2].

وإذا كانت العبرة بالارادة على هذا النحو واتجاهها الى تحقيق الركن المادى ، فإن ثبوت الصفة الدولية للنقل الجوى طبقا لاتجاه الارادة لاينفيه من بعد بدء الرحلة الجوية الاضطرار الى اكمالها بوسيلة نقل أخرى برية أو نهرية أو بحرية ، حتى ولو كانت المرحلة التى قطعتها الطائرة واقعة فى فضاء إقليم نفس الدولة التى قامت منها [3].

ولكن إذا كانت الارادة متجهة فى الأصل الى نوع من النقل المشترك الذى يتم جزء منه بواسطة الطائرة وجزء آخر بواسطة أى وسيلة نقل أخرى برية أو نهرية أو بحرية ، فواضح أن كل جزء — حتى ولو كانت عملية النقل كلها يحكمها عقد واحد — يجب النظر إليه بمقتضى ذلك على استقلال ويحكم بالنظام الذى يتفق مع طبيعته[4] ، بحيث لايعتبر نقلا جويا إلا الجزء الذى تتجه الارادة الى اتمامه بالطائرة ، ولايعتبر دوليا يخضع لأحكام الاتفاقية الا إذا كان كذلك وفقا لهذه الارادة فى حدود الوصف الدولى فى عرف هذه الاتفاقية ، بأن كان مقصودا وقوع بداية هذا الجزء فى اقليم دولة متعاقدة ونهايته فى اقليم دولة أخرى متعاقدة ، أو وقوع بدايته ونهايته فى نفس اقليم دولة واحدة متعاقدة ولكن مع مراعاة الهبوط فى مرسى بدولة أخرى ولو غير متعاقدة . ولذلك تنص المادة ١/٣١ من الاتفاقية على أنه " فى حالة عمليات النقل المشتركة التى يتم جزء منها بطريق الجو وآخر منها بأية وسيلة أخرى للنقل ، لاتسرى

---

(١) Blanc - Dannery, op. cit. , p. 15. — Litvine, op. cit., No. 181,

(٢) Van Houtte. op. cit., No. 12, pp. 35, 36. — Lemoine, op. cit., No. 554.

(٣) فى هذا المعنى :

Lemoine, op. cit., No. 556 . — Du Juglart., op. cit. No. 268.

(٤) Chauveau, op. cit., No. 209.

أحكام هذه الاتفاقية الا على النقل الجوى وبشرط أن تتوافر فيه شروط المادة الأولى "(١).

وإذا كانت العبرة فى ثبوت الصفة الدولية للنقل الجوى بالارادة واتجاهها الى تحقيق الركن المادى ، فمقتضى ذلك أن النقل الجوى اذا اعتبر دوليا طبقا لذلك ، فانه يظل كله على وصفه الدولى — طالما هو نقل جوى خالص وليس بالنقل المشترك (٢) — حتى ولو كان يتم بواسطة أكثر من ناقل جوى واحد وهو مايعرف باسم النقل المتتابع ، وسواء كان هذا النقل المتتابع يجمعه عقد واحد أو تحكمه عقود متعددة ، مادامت الارادة تنظر الى هذا النقل — رغم تتابع الناقلين فيه وتعددهم — باعتباره مكونا لعملية نقل واحدة . فيكون هذا النقل المتتابع اذن دوليا فى كل أجزائه ، ولو كان الجزء المفروض تنفيذه على عاتق أحد الناقلين واقعا فى اقليم دولة واحدة ، ما دام لاينظر الى كل جزء على استقلال . ولذلك يعتبر دوليا النقل الجوى من القاهرة الى سان فرنسيسكو مع تغير الناقل فى نيويورك حتى بالنسبة الى الجزء من نيويورك الى سان فرنسيسكو وهو واقع فى الولايات المتحدة الأمريكية وحدها ، وسواء كان هذا النقل المتتابع بعقد واحد أو بعقدين مختلفين ، مادامت الارادة تنظر اليه كعملية نقل واحدة . وهذا ماتنص عليه الفقرة الثالثة المعدلة من المادة الأولى من الاتفاقية بقولها " النقل الذى يتولاه عدد من الناقلين بطريق الجو على التتابع يفترض فيه ، عند تطبيق هذه الاتفاقية ، أنه نقل واحد اذا اعتبره الأطراف بمثابة عملية واحدة ، سواء كان الاتفاق فى شأنه قد أبرم فى صورة عقد واحد أو مجموعة من العقود . ولا يفقد هذا النقل طابعه الدولى نتيجة تنفيذ أحد العقود أو عدد منها تنفيذا كاملا فى اقليم دولة واحدة " :

(١) ولذلك تنص الفقرة الثانية من نفس المادة على أنه "ليس فى هذه الاتفاقية مايمنع الأطراف المتعاقدة ، عندما يقومون بعمليات نقل مشتركة ، من أن يدرجوا فى سند النقل الجوى شروطا تتعلق بوسائل أخرى للنقل ، بشرط مراعاة أحكام هذه الاتفاقية فيما يتعلق بالنقل الجوى" .

(٢) فى هذا المعنى : Chauveau, op, cit., Nos - 208, 209.

وراعى أن استخلاص ارادة المتعاقدين فى النظر الى النقل المتتابع كعملية نقل واحدة يكون يسيرا اذا كان مبرما فى صورة عقد واحد . ولكن ابرامه فى صورة جملة من عقود متفرقة يجعل اثبات وجود مثل هذه الارادة عسيرا (١).

٤ ـ الشرط الثانى ـ يجب أن يكون النقل فى الأصل بمقابل

إذا كانت الاتفاقية تشترط فى النقل الخاضع لأحكامها أن يكون دوليا بالمعنى المحدد منها على ما سبق البيان ، فهى تشترط فضلا عن ذلك أن يكون فى الأصل نقلا بمقابل ، إذ تنص الفقرة الأولى من المادة الأولى منها على أنه " تنطبق هذه الاتفاقية على كل نقل دولى للأشخاص أو الأمتعة أو البضائع تقوم به طائرة فى مقابل أجر ...". وبذلك يخرج فى الأصل النقل المجانى ولو كان دوليا عن نطاق تطبيق هذه الاتفاقية . ويبدو أن مرد هذا الاشتراط الى طبيعة عقد النقل نفسه ، فهو عقد معارضة لاعقد تبرع ، ولذلك لايوجد عقد نقل ـ حتى يقال باخضاعه لأحكام الاتفاقية (٢) ـ إذا كان الناقل يقوم بالنقل على سبيل التبرع (٣) .

وإذا كانت الاتفاقية تشترط فى الأصل أن يكون النقل الجوى الدولى بمقابل ، فانها لا تلبث أن تورد استثناء على ذلك فى نفس الفقرة الأولى من المادة الأولى التى تمضى فتقرر أن الاتفاقية "تطبق على عمليات النقل التى تقوم بها وبغير أجر طائرة إحدى مؤسسات النقل الجوى" .

---

(١) أنظر فى ذلك وفيما يقترحه البعض من ضوابط فى هذا الشأن .
Lemoine, op. cit., No. 555.

(٢) بل وهو لايخضع كذلك للاتفاقية حتى لو قيل بوجود عقد حقيقى آخر غير عقد النقل على أساس استخلاص النية فى تبرع الناقل بالنقل على سبيل الالتزام لاعلى سبيل المجاملة والتطوع ، لأن الاتفاقية انما تعرض لأحكام النقل الجوى الناشىء عن وجود عقد نقل بالذات.

(٣) فى هذا المعنى :
Van Houtte, op cit., No. 67, p. 60. — Lemoine, op. cit., No. 580 — Mazeaud, Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle, 4, éd., t. I. Nos 110 — 115. — de Juglart, op. cit., No. 216.

عبد الرزاق السنهورى ، الوسيط فى شرح القانون المدنى الجديد ، ج ١ ، مصادر الالتزام ، فقرة ٥٤٦ .

وقارن مع ذلك فى تأصيل هذا الاستثناء : Chauveau, op. cit., No. 202.

وبذلك يخضع النقل المجانى الذى تقوم به إحدى مؤسسات النقل الجوى للاتفاقية ، بينما يظل خارجا عن نطاقها النقل الجوى المجانى الذى يقوم به ناقل من الأفراد [1] .

ولعل الاتفاقية قد نظرت فى تقرير هذا الاستثناء إلى ما يكون واقعا عادة على عاتق مؤسسات النقل الجوى من التزام بمثل هذا النقل المجانى فى بعض الحالات نتيجة ما يتضمنه غالبا امتياز النقل من الزام بتقديم عدد معين من السفريات المجانية لبعض الموظفين أو الهيئات ، وإلى ما ترتبه مؤسسات النقل الجوى عادة من رحلات جوية مجانية لأغراض الدعاية [2] مما يعود عليها بمنفعة كبرى فى النهاية . فضلا عن أن مؤسسات النقل الجوى انما تقوم على أساس احتراف النقل واستهداف غرض نفعى بحت بحيث ينبغى أن يكون هذا الهدف هو الغالب والمسيطر على كل ما تقوم به من نقل حتى ولو كان — فى بعض الحالات النادرة — مجانيا [3] .

المبحث الثانى

أساس المسئولية وأركانها

٥ — تمهيد

لما كانت الأنظمة التى تحكم مسئولية الناقل الجوى — من حيث أساسها وطبيعتها وأركانها — متعددة مختلفة فى القوانين الوطنية الداخلية لمختلف

---

(١) فى هذا المعنى : Lemoine, op. cit., No. 558 — Litvine, op. cit., No. 194
وقارن مع ذلك : Chauveau, op. cit., No. 203
(٢) Lemoine, ibid.
(٣) ولعل هذا يكشف عن أن الاستثناء فى هذا الشأن ظاهرى أكثر منه حقيقى ، لأنه مع وجود مثل هذا الاحتراف لايكون النقل المجانى الذى تقوم به مؤسسات النقل الجوى الا ستارا يخفى منفعة غير ظاهرة ولكنها متفقة مع غرض هذا الاحتراف وتنميته . ولذلك فرغم الطابع المجانى الظاهر ، يمكن القول بوجود عقد نقل حقيقى ، كل مافى الأمر أن مقابل النقل لايكون نقديا مباشرا وانما يتحصل فى منفعة غير مباشرة . (فى هذا المعنى : Van Houtte, op, cit., No. 27, pp. 60, 61).

الدول ، فقد وقع على عاتق المؤتمرين لعقد اتفاقية فارسوفيا — وهم بسبيل ارساء دعائم نظام موحد بها للمسئولية عن النقل الجوى الدولى — واجب ليس باليسير فى تخير نظام يحظى بموافقة أكبر عدد من الدول ، ويحقق فى نفس الوقت تشجيع الاستغلال الجوى بمراعاة ظروف الملاحة الجوية الناشئة بمخاطرها المتعددة وحماية المتعاملين مع الناقلين الجويين على حد سواء .

وقد وجد المؤتمرون فى الواقع أنفسهم أمام مشكلة أولية يجب الفصل فيها قبل تحديد أركان المسئولية هى مشكلة أساس هذه المسئولية وهل هو تحمل تبعة المخاطر أو الأساس التقليدى وهو الخطأ . وقد انتهوا الى تأسيس نظام مسئولية الناقل الجوى فى الاتفاقية على أساس الخطأ وحده ، وبذلك تحددت أركان المسئولية على النحو المعروف : الخطأ ، والضرر وعلاقة السببية بينهما . فنعرض أولا لأساس هذه المسئولية ، ثم لركنها الأول وهو الخطأ ، ثم لركنها الثانى وهو الضرر .

٦ — أساس مسئولية الناقل الجوى فى اتفاقية فارسوفيا

إذا كانت القوانين والشرائع الوطنية تختلف فى شأن أساس مسئولية الناقل الجوى ، فان اختلافها فى ذلك لا يخرج عن نظامين رئيسيين : نظام المسئولية الموضوعية (la responsabilté objective) المؤسسة على فكرة المخاطر وتحمل تبعتها ، ونظام المسئولية الشخصية (la responsabilité subjective) المؤسسة على فكرة الخطأ .

وتأسيس مسئولية الناقل الجوى على فكرة المخاطر وتحمل تبعتها لاتعرفه إلا قلة من الشرائع من أظهرها التقنين الجوى السوفييتى[1] . وهو

---

(١) أنظر فى ذلك :

Van Houtte, op. cit., No, 14, pp. 39,40 — Lemoine, op, cit., Nos. 791 - 793. — Litvine op. cit, No. 160.

وهذا النظام مأخوذ به كذلك فى القانون السويسرى(أنظر : Van Houtte, op, cit., No. 14 pp. 40 , 41. — Lemoine, op. cit., Nos. 783 — 786.—Litvine, ibid) .

وفى القانون الألمانى وان كان للمضرور فيه الخيار بين هذا النظام وبين النظام العام للمسئولية =

نظام شديد فى قسوته ، إذ يشرع مسئولية الناقل الجوى بمجرد تحقق الضرر للمسافر أو الأمتعة أو البضائع ما دام هذا الضرر ناشئا عن فعل الناقل سواء كان هذا الفعل مكونا أو غير مكون لخطأ ، بحيث لايتأتى للناقل دفع مسئوليته إلا عن طريق إثبات خطأ المضرور [1] فلا ينفعه إذن إثبات القوة القاهرة ، وذلك على أساس أن الناقل إنما يقوم باستغلال خطر تعود عليه منافعه ومغانمه فيقع عليه وحده تحمل مخاطره ومغارمه دون حاجة إلى إثبات أو افتراض خطأ فى جانبه .

ولكن هذا النظام فى قسوته ليس بالمتفق مع حداثة العهد بالملاحة الجوية واقترانها بمخاطر كبيرة لم يتوصل العلم بعد — رغم تقدمه — إلى السيطرة عليها سيطرة كاملة ، بحيث يكون فى فرضه هذه الظروف الحالية اعنات كبير للناقلين وتعويق لنمو وانتشار الملاحة الجوية الناشئة . لذلك فان القوانين التى تأخذ به تحاول أن تخفف من صرامته بالحد من اطلاقه ، كما يفعل التقنين الجوى السوفيتى حين يجوز للناقل الجوى التخلص من المسئولية — فى شأن نقل الأمتعة والبضائع وحدها — باثبات رجوع الضرر الى ظروف لم يكن فى وسعه تجنبها [2] .

من أجل ذلك ، وبالاضافة الى ما تلقاه فكرة تحمل تبعة المخاطر الى اليوم من صدود أغلب الشرائع والقوانين عن اتخاذها أساسا للمسئولية بوجه عام ، فان الرأى الذى كتبت له السيادة عند وضع اتفاقية فارسوفيا كان هو تأسيس مسئولية الناقل الجوى فيها على الأساس التقليدى الشخصى — السائد كذلك فى أغلب القوانين الوطنية [3] — وهو أساس

= (أنظر : Van Houtte, op. cit No. 14, pp. 41 , 42. — Lemoine, op. cit., Nos. 745 — 748).

(١) بل ان التقنين الجوى السوفييتى يستلزم أن يكون هذا الخطأ جسيما (أنظر : Lemoine, op., cit., No. 791).

(٢) Lemoine, ibid.

(٣) أنظر فى تفصيل ذلك : Lemoine, op. cit., Nos, 749, 750, 754, 759, 761. 770, 771, 776, 796 — 800 ,803.

الخطأ (١) . ورفض فكرة المخاطر ، وتأسيس مسئولية الناقل الجوى فى هذه الاتفاقية على أساس الخطأ ، هو المتفق كذلك مع القواعد العامة للمسئولية فى القانون المصرى (٢) .

٧ ـ خطأ الناقل الجوى وثبوته

اذا كانت اتفاقية فارسوفيا قد انتهت الى رفض تأسيس مسئولية الناقل الجوى على فكرة المخاطر وأسستها على فكرة الخطأ ، فيبقى التساؤل عن طبيعة هذه المسئولية وهل هى مسئولية عقدية أو مسئولية تقصيرية ، وعن كيفية تحقق وثبوت الخطأ فى جانب الناقل الجوى وهل هو من قبيل الخطأ الثابت المفروض أو الخطأ غير المفروض والواجب الاثبات .

والواقع أن اتفاقية فارسوفيا كان عليها أن تختار فى ذلك بين نظامين رئيسيين موجودين فى القوانين الوطنية المختلفة : نظام أول يجعل مسئولية الناقل مسئولية تقصيرية يتحقق الخطأ فيها بالاخلال بالتزام عام باليقظة هو التزام ببذل عناية ، ونظام ثان يجعل مسئولية الناقل مسئولية عقدية سواء بالنظر الى الخطأ فيها على أنه اخلال بالتزام بتحقيق نتيجة أو بالتزام ببذل عناية . والوضع السائد فى أغلب القوانين الوطنية المختلفة هو النظام الثانى أى نظام مسئولية الناقل العقدية (٣)، بينما لا تعرف مسئولية الناقل

---

(١) واضح أن تأسيس المسئولية على هذا النحو قاصر على تلك المسئولية التى تفترض وجود عقد نقل بين المسئول والمضرور أى على مسئولية الناقل قبل الركاب أوالمرسلين ، وهو ماتقتصر اتفاقية فارسوفيا على التعرض له ونقتصر كذلك على بحثه . أما مسئولية المستغل الجوى بوجه عام قبل الغير عن الأضرار التى تصيبهم على سطح الأرض ، فقد أقامتها اتفاقية روما الموقعة فى ٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٢ على أساس تحمل تبعة المخاطر (وقد أصدر المشرع المصرى القانون رقم ٢٩٦ لسنة ١٩٥٣ بالموافقة على هذه الاتفاقية ، الوقائع المصرية فى ١٥ أغسطس سنة ١٩٥٣ ، العدد ٦٦ مكرر) .

(٢) أنظر فى هذه القواعد :

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرات ٥٢٠ — ٥٢٢ .

(٣) أنظر فى هذه القوانين : — Van Houtte, op. cit., No. 16.

Lemoine, op. cit., Nos. 660, 749, 761, 771. — Litvine, op. cit., No. 161.

التقصيرية الا قوانين وطنية قليلة وفى حدود معينة (١) . بل ان القوانين الانجليزية التى تعرف مسئولية الناقل التقصيرية ، انما تأخذ فى الواقع بنظام مختلط يعتبر مسئولية الناقل تقصيرية فى حالات وعقدية فى حالات أخرى ؛ فهى تقصيرية فى شأن "الناقل الخاص" (private carrier) وحده ، دون الناقل العام (commun carrier) الذى تعتبر مسئوليته عقدية وان كان النظر الى الخطأ فيها يختلف باختلاف محل النقل فيكون اخلالا بالتزام بتحقيق نتيجة فى شأن نقل البضائع ومجرد اخلال بالتزام ببذل عناية فى شأن نقل الأشخاص (٢) .

والواقع أن التأرجح فى مسئولية الناقل بين اعتبارها عقدية أو تقصيرية ليس له فى ذاته أهمية كبرى ، على الأقل فيما يتعلق بتحديد الخطأ وثبوته ووسائل دفعه . وانما الأهمية الكبرى — فى هذا الشأن — تتوقف أساسا على تحديد مضمون الالتزام الذى يعتبر الاخلال به محققا للخطأ وهل هو التزام ببذل عناية أو بتحقيق نتيجة ، لا على تعيين مصدر هذا الالتزام وهل هو عقدى أو تقصيرى (٣) .

ويبدو أن اتفاقية فارسوفيا تعتبر مسئولية الناقل مسئولية عقدية (٤) ، لأنها تهتم أساسا بعقد النقل وتبين الأضرار التى تتحقق عنها المسئولية

---

(١) أنظر فى ذلك :

Van Houtte, op. cit., No. 17. — Lemoine, op. cit., No. 661; 749 p. 518. — Chauveau, op. cit,, No 314.

(٢) Van Houtte, op. cit No. 16, p. 45; No. 17, pp. 47 , 48. — Lemoine, op. cit, Nos 749, 750. — Picard, op. cit., pp. 149, 150. — Litvine, op, cit., Nos. 163 - 164.

(٣) فى هذا المعنى خاصة : Mazeaud, op. cit., t. I, Nos, 103 - 2, 669 , 692 — 704.

(٤) فى هذا المعنى : Van Houtte, op. cit., No. 23. — Lemoine, op, cit., no. 813

وقارن مايراه البعض (Litvine op. cit., No. 173.) من أن المسئولية ليست عقدية ولا تقصيرية وانما هى قانونية ناشئة عن القانون ومتعلقة بالنظام العام . ولكن يراعى أن وجود التزام يفرضه القانون — ولو فرضا آمرا — على أحد المتعاقدين لايغير من طبيعة مسئوليته عن الاخلال به واعتبارها دائما مسئولية عقدية ، والا كان معنى ذلك أن القانون بفرضه التزاما آمرا فى دائرة العقد يخرجه فى نفس الوقت منها (فى هذا المعنى : Mazeaud, op. cit., t. I, No 171. — Demogue, cité par Mazeuad, ibid.

وكلها أضرار متعلقه بتنفيذ هذا العقد وواقعة أثناء هذا التنفيذ وناشئة عن الاخلال بالالتزامات المفروضة بالعقد . وهذا النظر هو الصحيح ، لأن الالتزام الذى يعتبر الاخلال به مكونا لخطأ الناقل — بغض النظر عن مضمون هذا الالتزام — هو ولا شك التزام عقدى يفرضه عقد النقل على الناقل ، فيكون من الطبيعى والبديهى أن تعتبر مسئولية الناقل المبنية على الاخلال به مسئولية عقدية ، اذ هى مسئولية عن عدم تنفيذ عقد النقل التنفيذ المطلوب أو المتفق عليه . واعتبار مسئولية الناقل الجوى مسئولية عقدية فى اتفاقية فارسوفيا ، هوكذلك النظر السائد فى القانون المصرى فى شأن الناقل بوجه عام (1) .

ولكن اذا كانت مسئولية الناقل الجوى مسئولية عقدية ، فيبقى — وهذا هو المهم — تحديد الخطأ وكيفية ثبوته باعتباره الركن الأساسى فى هذه المسئولية . وقدكان على الاتفاقية أن تتخذ موقفا محددا من مختلف القوانين والشرائع التى تتراوح بين اعتبار مسئولية الناقل مؤسسة على كون التزام الناقل التزاما بتحقيق نتيجة أو على كونه التزاما ببذل عناية . ذلك أن هذا التراوح

---

(1) فى هذا المعنى : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤٦ ، ص ٨١٤ — عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢١٠ و٢١١ و٢٥٢ — ٢٦١ — محسن شفيق ، المرجع السابق ، فقرات ١٣٩ و١٨٢ — ١٨٦ . — أكثم الخولى ، المرجع السابق ، فقرات ٢٨٧ و٣٣٣ — ٣٣٥ . — محمد لبيب شنب ، المسئولية عن الأشياء ، ١٩٥٧ ، فقرة ١٨٤ — على البارودى ، دروس فى العقود التجارية ، ١٩٥٨ ، ص ١٨٢ ، ٢١٨ — ٢٢٦

استئناف اسكندرية ، ٥ فبراير ١٩٥٠ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية ، رقم ١١٠ ، ص ٢٧٧ — نقض ٧ يناير ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة الرابعة ، رقم ٥٩ ص ٤٠٢ — استئناف اسكندرية ، ٢٩ فبراير سنة ١٩٥٦ ، المحاماه ، ٣٧ ، رقم ٣٤٠ ، ص ٧١٦ — نقض ٣١ مايو ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة السابعة ، رقم ٨٨ ، ص ٦٤٢ — القاهرة الابتدائية ، ٢٠ مارس ١٩٥٧ ، المحاماة ٣٧ رقم ٥٥٨ ، ص ١٣١٦

والكن قارن : سليمان مرقس ، تعليق على حكم استئناف اسكندرية فى ٥ فبراير ١٩٥٠ ، مجلة التشريع والقضاء ، السنة الثانية ، ص ٢٨٢ ومابعدها .

فى مضمون التزام الناقل على هذا النحو بعيد الأثر فى أمر ثبوت الخطأ ووسائل دفع المسئولية على السواء (١). فلو نظر الى التزام الناقل على أنه التزام بتحقيق نتيجة لاعتبر الخطأ قائما بمجرد تخلف النتيجة دون حاجة الى تحمل المسافر أو المرسل عبء اثبات تقصير الناقل ، ولما استطاع الناقل حينئذ أن يخلص من المسئولية باثبات عدم تقصيره وانما باثبات السبب الأجنبى وحده ؛ بينما لو نظر الى التزام الناقل على أنه مجرد التزام ببذل عناية ، لوقع على عاتق المضرور وهو الراكب أو المرسل عبء اثبات تقصير الناقل ولما كان فى وسع الناقل أن يخلص من المسئولية الا اذا أثبت بذله العناية المطلوبة واتخاذه التدابير والاحتياطات التى تفرضها هذه العناية .

وقد حاولت اتفاقية فارسوفيا التوفيق بين هاتين النظرتين المختلفتين الى مضمون التزام الناقل الجوى مستهدية فى ذلك بغايتين رئيسيتين : الأولى ، ضرورة حماية الاستغلال الجوى بمراعاة طبيعة الملاحة الجوية فى ظروفها الراهنة . والثانية ، ضرورة توفير حماية فعالة للمتعاملين مع الناقل من مرسلين وركاب على السواء أمام المخاطر الجمة التى ما تزال تصاحب النقل الجوى والملاحة الجوية .

ولم يكن فى الامكان ، بالنظر الى هاتين الغايتين معا ، الابقاء على مضمون التزام الناقل باعتباره التزاما بتحقيق نتيجة ، والا اختل التوازن الواجب بين الغايتين بتغليب الثانية على حساب الأولى . من أجل ذلك ، ومن أجل الحرص على تحقيق هذا التوازن ، انحازت الاتفاقية الى النظرة الأنجلوسكسونية باعتبار التزام الناقل الجوى مجرد التزام ببذل عناية لا بتحقيق غاية . ولكنها لم تساير منطق هذه النظرة الى منتهاه ، ذلك أنه إذا كان فى تحديد مضمون التزام الناقل على هذا النحو نجدة له وتخفيف

(١) أنظر فى ذلك :

Mazeaud, op. cit., t. I, Nos. 103 - 2; 151 - 155; 669; 692 - 704. — Chauveau, op. cit., Nos. 308 - 314.

عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، الجزء الأول ، فقرة ٤٢٩ و ٥٤٦ .

عليه ، فلا ينبغى كذلك تجاهل مايجب – أمام مخاطر الملاحة الجوية الكثيرة – من توفير حماية كافية للمتعاملين معه . ولذلك عمدت الاتفاقية الى اعفائهم من عبء اثبات تقصير الناقل كما هو مقتضى الأصل من كون التزامه التزاما ببذل عناية ، واعتبار تقصيره واخلاله بالعناية الواجبة قائما وثابتا بمجرد تحقق اصابة الراكب أو هلاك البضاعة أو الأمتعة أو تلفها أو التأخير فى نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع (م ١٧ و ١٨ و١٩) ، بحيث ينتقل عبء الاثبات من على عاتقهم ليقع على عاتق الناقل اذا أراد دفع هذا الخطأ الثابت أو المفروض باقامة الدليل على أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير والاحتياطات اللازمة لتفادى الضرر والتى تفرضها العناية العادية المعقولة أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها (م ٢٠) .

وهذا الحل الذى تقرره اتفاقية فارسوفيا فى شأن ثبوت خطأ الناقل الجوى ، هو حل واجب التأييد على الأقل فى الظروف الراهنة للملاحة الجوية . ذلك أنه اذا كان ينبغى التسليم بأن الالتزام بضمان سلامة الراكب أو ضمان وصول البضائع أو الأمتعة سليمة وفى الوقت المناسب هو التزام ملازم لعقد النقل وتفرضه طبيعته ، وكان مثل هذا الالتزام متمشيا مع وسائل النقل البرية حيث تكاد تمكن السيطرة الكاملة والتحكم التام فى تسيير مثل هذه الوسائل بالنظر الى طبيعة النطاق البرى المعلوم الذى تعمل فيه مما يجعل من المقبول تحميل الناقل بالتزام بتحقيق نتيجة هى ضمان السلامة بحيث يصبح ناقلا ومؤمنا فى ذات الوقت(1)؛ الا أن من العسير اعمال نفس الحكم فى شأن وسائل النقل الأخرى التى تعمل فى نطاق مغاير لا يمكن – على وجه القطع واليقين – التنبؤ بتقلباته أو التحكم فى ظروفه وأخطاره ، وخاصة فى ذلك النطاق الجوى البعيد حيث لم يتوصل الانسان بعد – فى حالة العلم الراهنة – الى اخضاعه لسلطانه أو السيطرة الكاملة على ظروف الملاحة الجوية المفاجئة أو التغلب على قوى الطبيعة الثائرة . لذلك يكون من الطبيعى انتظارا لتقدم العلم الاكتفاء – كما فعلت الاتفاقية – باعتبار التزام الناقل مجرد التزام ببذل عناية معقولة

(1) Chauveau, op. cit., No. 321.

فى نقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة ، ولكن مع التخفيف من وطأة الغاء ضمان السلامة — تيسيرا على الركاب والمرسلين وتمكينا لحمايتهم — بجعل تقصير الناقل فى بذل العناية الواجبة ثابتا بمجرد تحقق الضرر الا أن يقيم هو الدليل على العكس .

٨ — الأضرار التى تتحقق عنها مسئولية الناقل الجوى

اذا كانت الاتفاقية تعتبر خطأ الناقل ثابتا بمجرد تحقق الضرر كما سبق البيان ، فانها تعنى بتحديد نوع الضرر من ناحية ووقت وقوعه من ناحية أخرى حتى تتحقق عنه المسئولية وفق أحكامها .

١ — نوع الضرر : يختلف الضرر الذى تتحقق عنه مسئولية الناقل الجوى بداهة باختلاف نوع النقل وهل هو نقل أشخاص أو بضائع أو أمتعة . ولكن الأضرار التى تتحقق عنها مسئولية الناقل الجوى بوجه عام والتى حددتها الاتفاقية لاتخرج عن ثلاثة ، هى : اصابة الراكب ، وتحطيم أو هلاك أو تلف البضاعة أو الأمتعة المسجلة ، والتأخير فى النقل بالنسبة للركاب والبضاعة والأمتعة على السواء .

(ا) إصابة الراكب : تتحقق مسئولية الناقل الجوى عن كل حادثة تؤدى الى اصابة الراكب بأى ضرر يؤذيه فى بدنه أو يودى بحياته ، وهذا ما تنص عليه المادة ١٧ من الاتفاقية بقولها " يكون الناقل مسئولا عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو جرح أو أى أذى بدنى يلحق براكب ... ". والتعبير بلفظ " حادثة " (accident) (١) الذى تستعمله هذه المادة فى عجزها عندما تتطلب كما سنرى أن تكون " الحادثة التى تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو أثناء أية عملية من عمليات الصعود أو النزول " ، يستبعد اذن من نطاق نظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية كل أذى بدنى أو وفاة تصيب الراكب ولا تكون

(١) أنظر فى تحليل مدلول " الحادثة " : Letvine, op. cit., No.208

متولدة عن حادثة ، كوفاة الراكب فى هذه الفترة وفاة طبيعية (١). وبديهى أن يكون المقصود بالحادثة هو " الحادثة " الجوية وحدها (accident aérien) ، بحيث يخرج عن نطاق نظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية الضرر الناشىء عن اعتداء راكب على راكب آخر (٢).

وعلى أى حال ، فقد يكون فى اقتصار الاتفاقية على الأذى البدنى وحده قصور لامبرر له نتيجة اغفال الأذى المعنوى (٣) الذى لايقل عن الأول فى أهميته وضرورة تحقق المسئولية عنه مثل الانهيار العصبى أو الخلل العقلى ، اذ لايندر تحققه على أى حال نتيجة الحوادث الجوية .

(ب) تحطيم الأمتعة المسجلة أو البضاعة أو ضياعها أو تلفها :

تنص المادة ١/١٨ من الاتفاقية على هذا الضرر بقولها " لايكون الناقل مسئولا عن الضرر الذى يقع فى حالة تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعة مسجلة أو بضائع". وإذا كان هذا النص يمضى — فى معرض تحديد وقت وقوع الضرر — فيعبر عن أن مثل هذا الضرر يتولد عن " حدث " (événement) لا عن " حادثة " (accident) كما هو الحال فى اصابة الراكب (٤) ، فيجب اذن التفريق بين الحالتين (٥). ولعل لهذا التفريق مايبرره ، فتلف البضاعة أو الأمتعة مثلا قد يتحقق — ولو لم تقع حادثة جوية — نتيجة

---

(١) Blanc - Dannery, thèse précitée, p. 62 — Rabut, op. cit., p.18

(٢) Chauveau, op. cit., No 280, p. 331.

(٣) فى هذا المعنى : Chauveau, op. cit., No. 280, p. 330

(٤) ورغم اختلاف التعبير الفرنسى فى الحالتين فى النصوص الأصلية للاتفاقية على هذا النحو ، تجرى الترجمة الرسمية فى مصر على التعبير بلفظ "حادثة" فى الحالتين (أنظر قرار وزارة الخارجية بنشر نصوص الاتفاقية ، الوقائع المصرية فى ٢٦ ديسمبر سنة ١٩٥٥ ، العدد ١٠٠).

(٥) أنظر عكس ذلك : Litvine, op. cit., No. 240,

حدث معين كالتأخير فى تسليمها ، فمثل هذا التأخير قد يؤدى الى ذبول الأزهار[1] أو عطب الفاكهة والخضروات أو فساد الأطعمة .

وإذا كان النص يواجه مثل هذا النوع من الضرر فى شأن البضائع والأمتعة على السواء ، إلا أنه بالنسبة إلى الأخيرة يقتصر على "الأمتعة المسجلة" وحدها . ذلك أن الأمتعة غير المسجلة وهى حاجيات الراكب الخفيفة الشخصية التى يحتفظ بها (م ٤ من الاتفاقية) تكون فى حراسة الراكب لا فى حراسة الناقل . ولذلك إذا كانت الاتفاقية — رغبة فى التخفيف على الركاب — تجعل خطأ الناقل ثابتا بمجرد تحقق الضرر وكان ذلك مفهوما فى شأن مايكون فى حراسته من أمتعة مسجلة لما يغنيه ذلك من تحميله بالتزام ببذل العناية المعقولة فى نقلها وحراستها معا ، فيكون من غير الطبيعى إفادة الراكب من مثل هذا الخطأ الثابت الذى يعفيه من الإثبات فى شأن تحطيم أو ضياع أو تلف أمتعته التى يحتفظ هو — لا الناقل — بها وتكون فى رعايته وحراسته الشخصية .

ولكن ليس معنى هذا أنه ترتفع مسئولية الناقل فى كل الأحوال عن هلاك أو فقد أو تلف هذه الأمتعة غير المسجلة ، بل يتصور تحقق مسئوليته عن ذلك بشرط قيام الراكب باثبات خطأ من جانب الناقل تولد عنه هذا الضرر[2] . وعلى أى حال ، فان الاتفاقية تجعل مسئولية الناقل فى هذه الحالة محدودة بحدود مبلغ معين من التعويض (م ٣/٢٢) كما سنرى .

---

(١) Blanc - Dannery, thèse précitée. p. 67,

(٢) فى هذا المعنى : Lemoine, op, cit., No. 654 — Chauveau op. cit., No. 327. — De Juglart, op. cit., No. 286. — Rabut, op. cit., p. 20.

ويذهب البعض (Lemoine, op. cit., Nos. 654, 860) الى اعتبار أن المسئولية هنا ليست بالمسئولية العقدية ، بدعوى أن الناقل ليس ملتزما التزاما عقديا فى شأن الأمتعة الشخصية غير المسجلة . ولكن هذا الرأى محل نظر ، لأن الناقل اذا كان يلتزم بنقل الراكب فالتزامه انما يكون بنقله هو وأمتعته الشخصية التى يحتفظ بها ؛ وهو التزام ببذل عناية فى مفهوم هذه الاتفاقية . كل مافى الأمر ، أنه مادامت هذه الأمتعة تبقى فى حراسة صاحبها ، فالتزام الناقل فى شأنها يكون مجرد التزام ببذل عناية فى نقلها وليس كذلك فى حراستها =

(ج) التأخير فى النقل عموما : هذا النوع الثالث من الضرر عام يتصور فى شأن نقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة على السواء ، وقد نصت عليه المادة ١٩ من الاتفاقية بقولها "يكون الناقل مسئولا عن الضرر الذى يترتب على التأخير فى نقل الركاب أو الأمتعة أو البضائع بطريق الجو".

والواقع أن تقرير المسئولية عن التأخير فى نقل الركاب أو البضائع أو الأمتعة يتفق مع طبيعة الملاحة الجوية والنقل الجوى ، إذ وسيلة ذلك هى الطائرة التى تمتاز على غيرها من وسائل النقل الأخرى بسرعتها. فليس من المفهوم إذن — والنقل الجوى يقوم فى أصله على توفير الوقت —

= كما فى شأن الأمتعة المسجلة التى يعهد بها الراكب اليه . ولذلك لاتتأتى مسئولية الناقل الا بتقصيره فى عملية النقل ذاتها لافى حراسة هذه الأمتعة غير المسجلة ، كأن تتحطم هذه الأمتعة أو تضيع نتيجة حادث وقع للطائرة بتقصير من الناقل أوتابعيه ، وليس نتيجة تقصير نفس الراكب صاحبها فى حراستها . ولكن يجب على الراكب هنا اثبات تقصير الناقل على هذا النحو ، اذ ليس له ، كما قلنا ، أن يفيد — بالنظر الى الوضع الخاص لهذه الأمتعة — مما تمنحه له الاتفاقية فى الأصل من إعفاء من الاثبات فى هذا الشأن .

فكأن الوضع اذن فى شأن الأمتعة غير المسجلة هو امكان قيام مسئولية الناقل عنها مسئولية عقدية ، كل مافى الأمر أن خطأ الناقل هنا ليس مفروضا ثابتا كما فى شأن الأمتعة المسجلة ، بل يجب على الراكب اثباته . وهذا الخلاف بين الحالتين حول عبء الاثبات ، لانعتقد أن من شأنه اخراج مسئولية الناقل الجوى فى شأن الأمتعة غير المسجلة عن الخضوع لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية كما يذهب الى ذلك بعض الفقهاء (أنظر : (Van Houtte, op. cit., No 61.p.109 ؛ بل تظل خاضعة له ولكن مع مراعاة مايميزها من خصوصية فى شأن عبء الاثبات كما ذكرنا . والدليل على ذلك أن الاتفاقية تنظم هذه المسئولية كذلك فيما تعرض له من تقرير وتطبيق مبدأ الحد من مسئولية الناقل الجوى عموما بحدود مبلغ معين من التعويض (م ٢٢) . وليس من المقبول مايذهب اليه البعض (Van Houtte, ibid.) من أن نص الاتفاقية بالحد من مسئولية الناقل الجوى فى شأن الأمتعة غير المسجلة انما يواجه حالة ثبوت هذه المسئولية أولا خارج نطاق الاتفاقية وطبقا للقانون العادى ، اذ ما شأن الاتفاقية بالحد من مسئولية لاتخضع لأحكامها كما يقال ؟ . وكيف يعقل خضوع نفس المسئولية لنظامين مختلفين فى نفس الوقت ، فتخضع للقانون العادى من حيث ثبوتها ولأحكام المسئولية من حيث تقدير مبلغ التعويض ؟

أن يسمح للناقل بالتحلل من كل مسئولية عن التأخير فى النقل . ولكن يراعى أن تقرير مسئولية الناقل الجوى عن التأخير ، يحد منها فى العمل أن التأخير يرجع فى أغلبه الى ظروف الجو وتقلباتها مما يمكن الناقل من دفع مسئوليته عنه ؛ ولذلك لاتتحقق عملا مسئولية الناقل الجوى إلا إذا كان لم يتخذ — هو أو تابعوه — كل التدابير والاحتياطات التى تفرضها العناية العادية المعقولة للوصول فى الميعاد المحدد أو فى الميعاد المناسب المعقول .

ورغم ذلك ، فقد كانت المسئولية عن التأخير دائما مثارا لضرر الناقلين الجويين تضررا لم يلبث أن ظهر أثره واضحا فى الشروط العامة التى تضعها جمعية النقل الجوى الدولى — والتى يلتزمها أكثر الناقلين فى مختلف الدول — والتى تقضى بعدم ضمان المواعيد فى النقل الجوى أو باعتبارها مجرد متوسط لوقت النقل(١) . ومثل هذه الشروط قد يكون لها ما يبررها من طبيعة الملاحة الجوية (٢) ، ويمكن تجويزها على أساس استقامتها مع نظرة الاتفاقية الى التزامات الناقل بأنها مجرد التزامات ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، خاصة وأنه لا يزال من العسير — فى حالة العلم الراهنة — التقيد بالتزام بموعد محدد تحديدا قاطعا فى النقل الجوى أو التمكن من تنفيذه بحرفيته بالتالى . ولكن ليس معنى ذلك إعفاء الناقل الجوى من أية مسئولية قد تتحقق فى جانبه نتيجة التأخير فى النقل ، إذا كان التأخير راجعا

---

(١) Van Houtte, op, cit., No. 43 — Lemoine, op. cit., Nos. 812 , 869. Chauveau, op. cit., No. 258. — Litvine, op. cit., No· 214.

(٢) ذلك أن الملاحة الجوية مرتهنة بظروف كثيرة مختلفة ليس فى امكان الناقل أو تابعيه ولا فى قدرتهم السيطرة عليها . فهى مرهونة خاصة بظروف الجو التى قد تسمح بالملاحة الجوية أولا تسمح ، أو تسمح بها ولكن بحال تقل فيه سرعة الطائرة . وهى مرهونة كذلك من الناحية الفنية بقدرة الطائرة على حمل البضائع ، فقد تضطر الطائرة — نظرا لظروف جوية أو لأسباب فنية — أن تحمل من الوقود أكثر مما تحمل عادة مما يحد من قدرتها على حمل الركاب والبضائع محافظة على سلامتها ، وهو مايؤدى الى التأخير فى نقل بعض الركاب والبضائع (أنظر فى ذلك : Lemoine, op. cit., No. 613 .— Chauveau, op. cit., No. 257. — Rabut, op. cit., p. 22) .

إلى تقصير الناقل أو تابعيه ، وكان تأخيرا عن الوقت المعقول بالنظر الى طبيعة البضاعة وقدر المسافة وما يجرى من عرف فى هذا الشأن[1] .

ولكن يجب القول بأن ما قد يوجد من شروط فى عقود النقل التى تضعها بعض الشركات الجوية الكبيرة بالتنصل من أية مسئولية عن التأخير — ولو فى شأن نوع من النقل دون آخر[2] — أو بالحد منها ، تعتبر شروطا باطلة[3] بحكم المادة ١/٢٣ من الاتفاقية التى تقضى بأن "كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسئوليته أو الى تقرير حد أدنى من الحد المعين فى هذه الاتفاقية يكون باطلا وكأنه لم يكن ، على أن بطلان هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان العقد الذى يظل خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية" .

وعلى أى حال ، فحتى لو لم يوجد أى تحديد ما لموعد النقل ، فلا يجب أن يستخلص من ذلك تحلل الناقل من مراعاة أى موعد وانعدام مسئوليته عن التأخير انعداما مطلقا لتخلف النص على موعد محدد أو تقريبى ، بل يظل الناقل الجوى مسئولا عن كل تأخير عن الموعد الطبيعى المعقول

---

(١) فطبيعة البضاعة قد تستلزم موعدا يجب أن يتم فيه النقل والا اعتبر التأخير عنه تأخيرا يستوجب مسئولية الناقل اذا كان راجعا الى تقصيره ، كأن تكون البضاعة المتعاقد على نقلها يوميا جرائد يومية تنقل من دولة الى دولة أخرى قريبة منها لتوزع فى نفس يوم صدورها . وكذلك يدخل فى الاعتبار قدر المسافة بين نقطة القيام ونقطة الوصول ومقارنة وقت قطع هذه المسافة بالطائرة بالوقت الذى يستغرقه قطعها بوسيلة نقل أخرى عن طريق البر أو البحر ، فالتأخير يوما قد يعتبر تأخيرا مستوجبا لمسئولية الناقل فى رحلة قصيرة كالرحلة من باريس الى لندن بينما قد لايعتبر كذلك فى رحله طويلة كالرحلة من باريس الى نيويورك (أنظر فى ذلك : Lemoine, op. cit., No. 612.)

(٢) De Juglart, op. cit., No., 287.

(٣) فى هذا المعنى :

Lemoine, op. cit., No. 812. — De Juglart, op. cit., No. 288.

الذى تحدده ظروف الحال وقواعد العرف أوالعادات [1]، اذا كان تأخيرا مرجعه تقصير الناقل أو تابعيه .

٢ — وقت وقوع الضرر : اذا كانت الاتفاقية تضع نظاما خاصا لمسئولية الناقل الجوى مراعية فيه المخاطر الملازمة للملاحة الجوية ، فطبيعى أن يقتصر التعويض — فى ظل هذا النظام — على الأضرار التى تقع فى فترة زمنية معينة هى فترة النقل الجوى . وهذا يستدعى تحديد وقت بداية النقل الجوى ونهايته ، اذ يخرج عن الخضوع لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية المسئولية والتعويض عن الأضرار التى تقع قبل هذه البداية أو بعد هذه النهاية . والاتفاقية تجرى ، فى شأن تحديد فترة النقل الجوى ، على التفرقة بين نقل الأشخاص ونقل البضائع والأمتعة .

(ا) نقل الأشخاص : نصت المادة ١٧ من الاتفاقية على أن " يكون الناقل مسئولا عن الضرر الذى يقع فى حالة وفاة أو جرح أو أى أذى بدنى آخر يلحق راكب ، اذا كانت الحادثة التى تولد عنها الضرر قد وقعت على متن الطائرة أو فى أثناء أية عملية من عمليات الصعود والنزول "، ففى هذه الفترة وحدها يعتبر الضرر واقعا فى فترة النقل الجوى ويخضع لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية .

واذا كان هذا النص صريحا فى ادخال فترة الوجود " على متن الطائرة " فى فترة النقل الجوى الذى تتحقق المسئولية فى حدودها ، فانه غير قاطع فى شأن مدلول عمليات الصعود (embarquement) والنزول (débarquement) وحدودها مما يفتح الباب واسعا أمام عدة احتمالات وتأويلات مختلفة تتدرج من التضييق الشديد الى التوسعة الكبيرة [2] . ولكن ينبغى الاستهداء

---

[1] فى هذا المعنى :

Lemoine, op. cit., No. 612. — Chauveau,op, cit., No. 328. — De Juglart, ibid.

[2] راجع فى شأنها :

Lemoine., op. op. cit., No. 811 — Litvine, op. cit., Nos. 210 - 212.

فى ذلك بالحكمة من نظام المسئولية الخاص المقرر فى الاتفاقية . فهذا النظام مرتبط بفكرة المخاطر الجوية (risques aériens) التى تعتبر من مستلزمات الملاحة الجوية والنقل الجوى ، ولذلك يجب قصر تطبيقه على المسئولية عن الأضرار الواقعة فى وقت احتمال وجود هذه المخاطر دون غيره . ولذلك فالراجح فى الفقه أن الضرر يعتبر واقعا فى فترة النقل الجوى وخاضعا لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية ، ليس فقط فى حالة وقوع اصابة الراكب على ظهر الطائرة أو على سلم الصعود اليها أو الهبوط منها فحسب ، بل وكذلك فى حالة وقوعها على أرض المطار أو فى ساحته التى تطير منها أو تهبط عليها الطائرة [1] .

وعلى هذا النحو ، فان فترة النقل الجوى – التى تحكم اتفاقية فارسوفيا المسئولية عن الأضرار الواقعة أثناءها – تبدأ منذ الوقت الذى يدخل فيه الراكب ساحة المطار عند الرحيل وتنتهى فى الوقت الذى يخرج منها عند الوصول ، لأنه منذ دخول هذه الساحة فى طريقه الى سلم الطائرة أو من هذا السلم الى باب الخروج من الساحة يكون داخل الميدان الجوى بمخاطره وتحت اشراف وتوجيه عمال الناقل الجوى . أما قبل دخول الساحة أو بعد الخروج منها ، فلا توجد مخاطر جوية بالمعنى الدقيق وتكون للراكب حرية الحركة حينئذ ، فلا تعتبر اصابته فى هذا الوقت واقعة فى المقصود بفترة النقل الجوى . ولذلك لا يعتبر ضررا حاصلا فى فترة النقل الجوى وخاضعا لنظام الاتفاقية فى المسئولية الاصابة التى تصيب الراكب أثناء وجوده فى أبنية محطة المطار كما فى صالات الانتظار أو المقاصف أو المطاعم الموجودة بها ، ولا الاصابة التى تصيب الراكب من باب أولى أثناء ركوبه عربة مؤسسة النقل فى طريق الذهاب الى محطة المطار أو فى طريق العودة منها [2] .

---

(١) فى هذا المعنى :
Van Houtte, op. cit., No, 42, p. 80.--Lemoine, ibid.—Chauveau, op. cit, No. 352.—Rabut, op. cit. nos. 18, 19.

وهذا المعنى يأخذ به كذلك بعض الفقهاء فى شأن النقل الجوى غير الخاضع للاتفاقية ، أنظر : عبد الحى حجازى ، المرجع السابق ، ص ٢٦٦

(٢) Chauveau, ibid.

(ب) نقل البضائع والأمتعة : أعطت الاتفاقية مدلولا أوسع لفترة النقل الجوى فى شأن البضائع والأمتعة المسجلة ، فبعد أن نصت الفقرة الأولى من المادة ١٨ منها على مسئولية الناقل عن الضرر الحاصل من تحطيم أو ضياع أو تلف هذه الأشياء خلال النقل الجوى ، جاءت الفقرة الثانية محددة المقصود بفترة هذا النقل بقولها : " يتضمن النقل الجوى ، وفقا لمقصود الفقرة السابقة ؛ المدة التى تكون فيها الأمتعة أو البضائع فى حراسة الناقل سواء أكان ذلك فى مطار أو على متن طائرة أو فى أى مكان آخر فى حالة الهبوط خارج المطار " .

ومن ذلك يتضح أن الاتفاقية تجرى — فى تحديد النقل الجوى فى هذا الشأن — على الاعتداد بوضع البضائع والأمتعة تحت حراسة الناقل(١)، وبكون هذه الحراسة واقعة فى المجال الجوى وحده ، بحيث يلزم لقيام فترة النقل الجوى توافر شرطين رئيسين : الأول ، أن تكون البضائع والأمتعة المسجلة فى حراسة الناقل حتى يفهم وجه تحقق مسئوليته عما يصيبها من هلاك أو ضياع أو تلف نتيجة تقصير من جانبه أو جانب تابعيه فيما يقع على عاتقهم من واجب الحفاظ عليها وحراستها . والثانى ، أن تكون هذه الحراسة متحققة فى مجال المرحلة الجوية حتى يفهم اخضاع مسئولية الناقل لنظام المسئولية الخاص المقرر فى الاتفاقية ؛ وذلك سواء كانت هذه الحراسة على ظهر الطائرة أو فى مطار من المطارات أو كانت حتى فى غير مطار فى حالة اضطرار الطائرة الى الهبوط خارج أحد المطارات . فاذا توافر هذان الشرطان معا ، أمكن اعتبار الضرر حاصلا فى فترة النقل الجوى وخاضعا فى المسئولية والتعويض عنه لأحكام الاتفاقية .

وعلى هذا النحو ، ففترة النقل الجوى — فى شأن البضائع والأمتعة — انما تبدأ فى الواقع من وقت وصول البضاعة الى مطار القيام وتنتهى بخروجها من مطار الوصول (٢) ، هذا فى الظروف العادية . أما فى غيرها ،

---

(١) Litvine, op. cit., No. 241

(٢) Lemoine, op. cit., No. 824. — Litvine, ibid.

أى فى أحوال الهبوط الاضطرارى خارج المطارات ، فيعتبر الضرر الذى يلحق البضاعة أو الأمتعة واقعا فى فترة النقل الجوى وخاضعا لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية ، ما دام متولدا من حدث واقع أثناء أو بعد هذا الهبوط ولكن قبل اعادة نقل البضاعة أو الأمتعة من جديد بطريق أرضى — بريا كان أو نهريا أو بحريا [1] — ؛ رغم أن هذا الهبوط واقع فى غير مكانه الطبيعى وهو أحد المطارات.

وعلى أى حال ، فتحديد فترة النقل الجوى فى شأن البضائع والأمتعة على هذا النحو يعطيها مدلولا أوسع من مدلولها فى شأن الركاب ، فيعتبر الضرر واقعا للبضائع والأمتعة فى فترة النقل الجوى — على خلاف الحال فى شأن الركاب — ولو كان متولدا من حدث واقع فى أبنية المطار [2] وقبل الدخول فى ساحة الطيران ، مادامت هذه البضائع والأمتعة فى حراسة الناقل أو حراسة تابعيه .

ولكن بطبيعة الحال يخرج عن نطاق فترة النقل الجوى كل ضرر يصيب البضائع أو الأمتعة ويكون ناشئا عن حدث أو سبب واقع قبل دخول البضاعة مطار القيام أو بعد خروجها من مطار الوصول أو بعد اعادة نقلها بطريق غير جوى فى أحوال الهبوط الاضطرارى خارج أحد المطارات ، لأن مصدر الضرر حينئذ يكون متحققا فى فترة نقل أرضى لا جوى ، فلا يوجد سبب يدعو — ولو كانت البضاعة أو الأمتعة فى حراسة الناقل — لاخضاعها لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية ولا لأى نظام وطنى خاص للمسئولية متعلق بالنقل الجوى لأن مثل هذا النظام انما يدخل فى اعتباره أساسا فكرة المخاطر الجوية مما يوجب قصر أحكامه على فترة النقل الجوى وحده ، بل يخضع مثل هذا الضرر حينئذ — من حيث المسئولية عنه — لنظام المسئولية الوطنى المتعلق بنوع النقل

(١) Lemoine , ibid.

(٢) فى هذا المعنى :

Chauveau, op. cit., No. 326.

الأرضى الواقع فى أثنائه الضرر . ولذلك نصت المادة ٣/١٨ من الاتفاقية فى صدرها على أنه " لا تتضمن مدة النقل الجوى أى نقل برى أو بحرى أو نهرى يتم خارج مطار ..... " . وعلى ذلك لا يخضع لنظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية كل ضرر يصيب البضائع أو الأمتعة المسجلة — ولو كانت فى حراسة الناقل — يكون ناشئا عن سبب متحقق أثناء النقل البرى من مركز مؤسسة الناقل الى أبنية المطار أو من أبنية المطار الى هذا المركز ، أو فى أحوال الهبوط الاضطرارى خارج مطار أثناء اعادة النقل — البرى أو البحرى أو النهرى — الى جهة الوصول أو الى مطار آخر لاعادة شحنها من جديد بالطريق الجوى .

واذا كان وقوع الضرر فى فترة النقل الجوى على التحديد السابق هو مناط تطبيق نظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية فى شأن الأضرار التى تصيب البضائع أو الأمتعة المسجلة ، فتكون مسألة اثبات وقوع الضرر فى هذه الفترة أو وقوعه فى غيرها وتحديد من يتحمل عبء هذا الاثبات مسألة على جانب كبير من الأهمية . والواقع أن من العسير — وخاصة على المرسل أو صاحب الحق فى البضاعة والأمتعة — التحمل بعبء اثبات وتحديد وقت وقوع الضرر ما دامت البضاعة أو الأمتعة فى حراسة الناقل من وقت تسليمها اليه الى وقت تسلمها منه [1] . ولذلك رأت الاتفاقية حسم الأمر باقامة قرينة قانونية — تتخطى بها هذه الصعوبة الاثباتية — على اعتبار الضرر حاصلا فى الأصل فى فترة النقل الجوى . ولكنها بطبيعة الحال ونظرا لتصور تخلف مقتضى هذه القرينة فى بعض الحالات لم تجعلها قرينة قاطعة بل مجرد قرينة بسيطة يمكن دحضها باقامة الدليل على حصول الضرر فى غير فترة النقل الجوى مما يستبعد بالتالى تطبيق نظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية . ولذلك نصت الاتفاقية فى المادة ٣/١٨ على أنه " لا تتضمن مدة النقل الجوى أى نقل برى أو بحرى أو نهرى يتم خارج مطار . على أنه اذا حدث مثل هذا النقل عند تنفيذ عقد النقل الجوى

(1) Chauveau, ibid.

بقصد الشحن أو التسليم أو النقل من طائرة الى أخرى ، فان كل ضرر يحدث يفترض فيه أنه قد نجم عن حادثة وقعت خلال النقل الجوى . ما لم يقم الدليل على عكس ذلك ".

وينبغى أن نراعى أن اقامة الدليل على عكس مقتضى هذه القرينة أى على وقوع الضرر فى غير فترة النقل الجوى انما يتحمل به من له مصلحة فى استبعاد نظام المسئولية المقرر فى الاتفاقية ، سواء كان هو الناقل أو المرسل أو الراكب صاحب الأمتعة . فقد تكون للناقل مصلحة فى هذا الاستبعاد للافادة من شرط بعدم المسئولية يعتبر صحيحا فى القانون الوطنى . وقد تكون للمرسل أو الراكب صاحب الأمتعة مصلحة فى ذلك ، لكى يفوت على الناقل الافادة مما تقرره الاتفاقية من تحديد مبلغ التعويض[1] .

المبحث الثالث

وسائل دفع المسئولية

٩ — اذا كانت الاتفاقية قد جعلت خطأ الناقل ثابتا بمجرد تحقق الضرر للركاب أو البضائع أو الأمتعة المسجلة فى فترة النقل الجوى ، وكانت تنظر الى خطأ الناقل على أنه إخلال بالتزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة ، فمن الطبيعى أن ينعكس ذلك على ما يملك الناقل من وسائل لدفع مسئوليته ، فيجعل فى طليعة هذه الوسائل — خلافا للسائد فى القوانين الوطنية التى تعتبر التزام الناقل التزاما بتحقيق نتيجة — قيام الناقل باثبات بذله العناية الواجبة . وقد عرضت الاتفاقية أساسا لهذه الوسيلة فذكرت أن مسئولية الناقل تنتفى اذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا ما يلزم من تدابير لتفادى الضرر ، وأضافت اليها وسائل أخرى هى اثبات استحالة اتخاذ مثل هذه التدابير من قبلهم وخطأ المضرور (م ٢٠ و ٢١) . وسنعرض للوسيلتين الأوليين معا ثم للوسيلة الأخيرة على حدة .

---

(١) فى هذا المعنى : Rabut, op. cit., p. 21.

١٠ – اتخاذ الناقل وتابعيه كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر أو استحالة اتخاذهم لها .

سبق أن قلنا إن الاتفاقية قد عدلت عن اعتبار التزام الناقل التزاما بتحقيق نتيجة وأنها اعتبرته التزاما ببذل عناية . وكان مقتضى ذلك وقوع عبء اثبات تقصير الناقل على عاتق المضرور . ولكن الاتفاقية – رعاية لجانب المضرورين وتقديرا لصعوبة اقامة مثل هذا الاثبات من جانبهم – فرضت خطأ الناقل ونقلت عبء الاثبات من على عاتقهم وجعلته على عاتق الناقل ، بحيث يجب على الناقل – اذا أراد أن يثبت عدم تقصيره المفروض وأن يتخلص من المسئولية بالتالى – أن يثبت أنه قد اتخذ هو وتابعيه كل الاجراءات الضرورية المعقولة لتفادى الضرر ؛ بل ويستطيع الناقل أن يخلص من المسئولية كذلك حتى فى حالة عدم اتخاذه مثل هذه الاجراءات اذا أثبت أنه كان يستحيل عليه أو على تابعيه اتخاذها . وهذا ما عنته المادة ٢٠ من الاتفاقية بقولها : " لا يكون الناقل مسئولا اذا أثبت أنه وتابعيه قد اتخذوا كل التدابير اللازمة لتفادى الضرر ، أو أنه كان من المستحيل عليهم اتخاذها " .

واذ كان هذا النص يصف هذه التدابير بأنها التدابير اللازمة أى الضرورية (mesures nécessaires) ، فان ذلك قد أوجد خلافا حول المقصود بذلك ، خاصة وأن المشروع التمهيدى للنص كان يصف هذه التدابير بأنها التدابير المعقولة (mesures raisonnables) [1] .

ولكن أخذ عبارة النص بحرفيتها ينتقص من مضمون المادة ٢٠ ، ويناقض غرض الاتفاقية على السواء . ذلك أن المادة ٢٠ تتضمن فى الواقع وسيلتين منفصلتين لدفع المسئولية : الأولى هى اتخاذ الناقل وتابعيه هذه التدابير ، والثانية هى استحالة اتخاذهم لها . فلو كان المقصود بالوسيلة الأولى اتخاذ كل التدابير الضرورية كما هى حرفية النص ، لما بقى لهذه الوسيلة معنى

(١) Lemoine, op. cit., No. 816, p. 543

ولا مجال للاعمال ، لأن اتخاذ كل التدابير الضرورية يعنى امتناع وقوع الضرر بينما الفرض أن الضرر واقع فعلا . وكأن الأخذ بهذا التفسير الحرفى يقود فى الواقع الى قصر المادة ٢٠ على الوسيلة الثانية وحدها ، أى حيث يستحيل على الناقل وتابعيه اتخاذ مثل هذه التدابير ، وهو ما يضع على عاتقه عبئا باهظا فى أغلب الحالات باثبات الحادث الفجائى أو القوة القاهرة [١]، مما يؤدى الى التشديد فى مسئولية الناقل الجوى على عكس ما استهدفته الاتفاقية من التخفيف فيها عن السائد فى أغلب القوانين الوطنية عن طريق اعتبار التزام الناقل مجرد التزام ببذل عناية وتمكينه — رغم فرض خطئه — من اثبات بذله هذه العناية دون حاجة الى اثبات الحادث الفجائى أو القوة القاهرة . .

لذلك يبدو أن التفسير المقبول لتعبير النص عن هذه التدابير بأنها كل التدابير الضرورية ، هو ذلك الذى يكون متفقا مع أغراض الاتفاقية من التخفيف من مسئولية الناقل ومن مضمون التزامه باعتباره مجرد التزام ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة . ومعنى ذلك أن « التدابير الضرورية » انما يقصد بها التدابير التى تفرضها العناية أو اليقظة المعقولة (diligence raisonnable) [٢] من جانب ناقل عادى . فهناك درجة من العناية

---

(١) فى هذا المعنى :

Lemoine, op. cit., No. 816 — Chauveau, op. cit., No. 332 — Litvine, op. cit., No. 289

(٢) ويبدو أن مثل هذه العناية هى المقصودة فى القانون الانجليزى باصطلاح (due diligence) . أنظر فى هذا المعنى : Lemoine, op. cit., No. 820. — Chauveau, op. cit., No. 334. — Litvine, op. cit., No. 290.

وأنظر كذلك خاصة قول « ريبير » :

"La Convention internationale demande que le transporteur fasse la preuve qu'il a pris toutes les mesures nécessaires pour éviter le dommage (art. 20) . On reconnaît là l'idée anglaise de la due diligence. Le transporteur se contente d'établir qu'il a fait tout ce qui était en son pouvoir et que, par conséquent, aucune faute ne peut lui être reprochée. Les Anglais disent qu'il doit avoir pris toutes les mesures raisonnables, ils laissent aux juges le soin d'apprécier " (cité par Lemoine, op. cit., No. 820, p. 545).

وأنظر فى أحكام القضاء فى الدول المختلفة التى تأخذ بهذا المدلول للعناية التى يبذلها الناقل الجوى : Lemoine, op. cit., Nos. 825-827 =

المعقولة المتوسطة يجب توفيرها فى النقل الجوى للأشخاص أو البضائع أو الأمتعة ، والاخلال بمثل هذه العناية المعقولة يحرم الناقل من وسيلة يدفع بها خطأه المفروض . ولكن من الواضح أن تحديد درجة هذه العناية المعقولة لا يكون بالقياس الى شخص الناقل المسئول بذاته ، وانما الى شخص أو نموذج مجرد يتمثل فى ناقل عادى أى يقظ يقظة عادية ؛ بمعنى أنه لا يقصد بهذه العناية تلك التى يعتبر كل ناقل على حدة أهلا لبذلها (١) ، وانما تلك العناية الطبيعية العادية فى النقل .

واذا كان للناقل أن يدفع مسئوليته باثبات بذله — هو أو تابعيه (٢) — العناية أو اليقظة العادية على هذا النحو ، فيبقى التساؤل عما اذا كان هذا الاثبات ينصرف الى مثل هذه العناية المبذولة لتفادى الضرر بوجه عام وأيا كان ، أو لتفادى ذلك الضرر الخاص المتحقق فعلا بظروفه وأسبابه ؟

وقد يبدو تحميل الناقل بعبء اثبات بذله مثل هذه العناية بالنظر الى ظروف الحادث المتسبب فى الضرر بالذات أمرا بالغ القسوة ، ومتنافيا مع أغراض الاتفاقية فى التخفيف من مسئولية الناقل الجوى عن حكم القواعد السائدة فى أغلب القوانين الوطنية ، ويكاد يؤدى الى جعل الناقل الجوى

= ونراعى فى هذا الشأن تشابها بين القانون الجوى والقانون البحرى ، اذ تنص صراحة على مثل هذه العناية بهذا المدلول معاهدة بروكسل لسنة ١٩٢٤ الخاصة بسندات الشحن فى صدد التزام ومسئولية الناقل البحرى (م ٣/١ و ٤/١) . [أنظر فى ذلك : Ripert, Précis de droit maritime, 4 é éd., 1947, No. 441. — Chauveau, op. cit. No. 337. — مصطفى كمال طه ، أصول القانون البحرى ١٩٥٢ ، ج ١ فقرة ٤٥٨ و ٥٣٢] .

(١) Chauveau, op. cit., Nos. 334, 338

(٢) المتفق عليه فى هذا الشأن صرف اصطلاح التابعين الى مدلول واسع يشمل كل من يستخدمه الناقل فى تنفيذ عقد النقل (Van Houtte, op. cit., No. 45 p. 88 — Lemoine, op. cit., No. 822)

دائما مسئولا عن الضرر فى الأحوال التى يستحيل فيها الوقوف على سبب الضرر أو التى يهلك فيها كل من كان فى الطائرة ، وهى حالات غالبة وليست بالنادرة[1] .

وكذلك قد يبدو أن الاكتفاء باثبات بذل العناية العادية المعقولة لتفادى الضرر عموما ومقدما بصرف النظر عن الظروف المسببة للضرر الواقع فعلا ، يتضمن محاباة كبيرة للناقل على حساب المضرور وتمكينا له من دفع مسئوليته بأيسر السبل حتى ولو كان تابعوه قد قصروا فى بذل مثل هذه العناية [2] على ظهر الطائرة أثناء الطيران[3] ، وخاصة اذا كان سبب الضرر معروفا وراجعا الى مثل هذا التقصير .

لذلك ينبغى التفريق بين حالتين : الحالة الأولى ، حيث يمكن الوقوف على ظروف وقوع الضرر وأسبابه ، وحينئذ يجب على الناقل أن يثبت أنه وتابعيه قد قاموا بكل الاجراءات المعقولة وبذلوا كل العناية واليقظة المعتادة لتفادى هذا الضرر بالذات وبالنظر الى ظروفه وأسبابه [4] . والحالة الثانية ، حيث لا يمكن الوقوف على ظروف وقوع الضرر وأسبابه ، وحينئذ يكون من الطبيعى الاكتفاء من الناقل — فى سبيل دفع مسئوليته — بأن يثبت أنه هو وتابعيه قد اتخذوا كل الاجراءات المعقولة وبذلوا كل العناية المعتادة المتطلبة فى شأن النقل الجوى عموما ولتفادى الضرر أيا كان ؛ بأن يثبت أنه قد وضع فى خدمة الرحلة الجوية طائرة كانت محلا دائما لكشف فنى

(١) Lemoine, op. cit., Nos. 817, 818 — Litvine, op. cit., No. 291

(٢) كتقصير هؤلاء التابعين فى استقصاء المعلومات الصحيحة واللازمة لمواصلة الرحلة الجوية أو انهائها فى ظروف مأمونة عن طريق جهاز اللاسلكى المتصل بالمطارات والقواعد الأرضية (Lemoine, op. cit., No. 820, pp. 545, 546)

(٣) خاصة وأنه بمقتضى التعديل الوارد فى بروتوكول لاهاى ، لم يعد جائزا للناقل كما سنرى ما كان جائزا له أصلا — فى شأن نقل البضائع والأمتعة — من التخلص من المسئولية باثبات خطأ فى الطيران أو القيادة أو الملاحة .

(٤) فى هذا المعنى :
Lemoine, op. cit., No. 820

دقيق متواصل وصيانة كاملة ، وكانت وقت بدء الرحلة فى حالة صالحة للطيران ، ومزودة بالوقود الكافى ، وعليها هيئة أو طاقم تتوافر لأفراده كل الشهادات والأهلية المتطلبة بمقتضى القوانين واللوائح ، وأنها لم تقم بالطيران الا بعد الاستيثاق من حالة الجو وتنبؤاته والاطمئنان الى أنها لا تضمر خطرا على الملاحة الجوية[1].

وأيا ما كان الأمر ، فيخلص من ذلك أنه ليس كل خطأ من جانب الناقل أو من جانب تابعيه بالذى يؤكد حتما مسئوليته ، وانما الذى يؤكد مسئوليته ويحرمه من هذه الوسيلة لدفعها أن يكون الخطأ من النوع الذى يعتبر قصورا عن العناية العادية المعقولة . ولذلك اذا كان تحقق الضرر نتيجة عيب ذاتى فى الطائرة وجهازها ، فليس هذا بكاف بداءة لتأكيد مسئولية الناقل وحرمانه من وسيلة دفعها ، بل يظل مستطيعا دفعها اذا أثبت أنه كان يخضع الطائرة لكشف دقيق وصيانة متواصلة [2] ، وأن هذا العيب الذاتى — رغم ذلك — ظل خفيا ولم تنم عليه أية علامة أو بادرة تجعل الناقل العادى اليقظ يبصر به ويكشفه[3] ، وأنه بالتالى كان مستحيلا عليه اتخاذ التدابير المعقولة لتفادى الضرر الذى يحدث من جراء هذا العيب . ولكن اذا لم يستطع الناقل مثل هذا الاثبات ولم يكن العيب بالذى يخفى على الناقل العادى اليقظ ، فيتحقق التقصير وتتأكد المسئولية فى جانبه[4] .

---

(١) فى هذا المعنى : Lemoine, op. cit., No. 821 — Chauveau, op. cit., No. 335 Litvine, op. cit., No. 292 .

(٢) Van Houtte, op. cit., No. 46, p. 91

(٣) Lemoine, op. cit., No. 832 — Chauveau, op. cit., No. 339 — Litvine op. . cit., No. 321 .

ومثل هذا الحكم مقرر كذلك فى معاهدة سندات الشحن (م٤/٢ — ع) فى شأن مسئولية الناقل البحرى (أنظر فى ذلك : Ripert, op. cit., No. 445 — مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥٣٢)

(٤) ويمكن تأييد هذا الحكم بالأعمال التحضيرية لاتفاقية فارسوفيا . فقد كان مشروع النص المقدم الى مؤتمر فارسوفيا يستثنى من امكان دفع المسئولية باثبات اتخاذ الاجراءات الضرورية المعقولة حالة تأتى الضرر من عيب ذاتى فى الطائرة ، ثم انتهت مناقشة النص الى حذف هذا الاستثناء فظهر خاليا منه (Lemoine, op. cit., No. 823)

١١ ــ خطأ المضرور

تنص المادة ٢١ من الاتفاقية على أنه " اذا أثبت الناقل أن خطأ الشخص المصاب (أو المضرور) هو الذى تسبب عنه الضرر أو ساعد على وقوعه ، فللمحكمة ــ بالتطبيق لأحكام قانونها الخاص ــ أن تستبعد مسئولية الناقل أو تخفف منها " .

ويراعى على هذا النص ، أن الاتفاقية وقد عجزت عن التوصل الى حل موضوعى فى شأن أثر خطأ المضرور أو المصاب فى مسئولية الناقل الجوى أمام اختلاف الحكم فى التشريعات الوطنية المختلفة[١] ، قد تركت الحكم فى ذلك الى قانون المحكمة المختصة[٢] . وبذلك تظل هذه المشكلة دون حكم موحد ، وهذا قصور لا مبرر له من جانب الاتفاقية التى ماجاءت الا للتوحيد .

وعلى أى حال ، فاذا كانت المحكمة المصرية هى المختصة ، فانها ــ أمام عدم وجود تشريع خاص يحكم مسئولية الناقل الجوى ــ يجب أن تطبق القواعد المدنية العامة . وهذه القواعد تقضى باعفاء الناقل اعفاء تاما من المسئولية اذا كان خطأ المضرور يستغرق خطأه ؛ أما اذا كان خطأ المضرور مشتركا مع خطأ الناقل ، فللقاضى حينئذ أن ينقص من قدر التعويض (م ٢١٦ مدنى) ، بتوزيع المسئولية بينهما بنسبة جسامة كل من الخطأين الى الآخر أو بالتساوى عند تعذر هذا التقدير[٣] .

وعلى أى حال ، فلتحقق مثل هذا الأثر ، يجب أن يكون فعل المضرور مكونا لخطأ ، ويقع على عاتق الناقل عبء اثبات ذلك[٤] .

---

(١) راجع ذلك

Van Houtte. op. cit., No 40—Lemoine, op. cit., Nos. 745 ets.

(٢) والاحالة الى هذا القانون منتقدة ، لأن المنطقى ــ كما هى القاعدة فى الالتزامات العقدية ــ اعطاء الاختصاص لقانون ابرام العقد أو للقانون الذى تحدده ارادة المتعاقدين

(Van Houtte, op. cit., No. 50, P. 94. — Litvine, op. cit., No. 315.)

(٣) راجع فى ذلك بصفة خاصة :

عبد الرازق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ فقرات ٥٩٢ ــ ٥٩٦ .

(٤) Lemoine, op. cit., No. 824.

ولا فرق فى شأن هذا الأثر بين نقل الركاب ونقل البضائع أو الأمتعة . فسواء كان الخطأ هو خطأ الراكب بمخالفة تعليمات الناقل مثلا ، أو خطأ المرسل باهماله مثلا فى حزم البضاعة أو تغليفها [1] ، فيستتبع اثبات هذا الخطأ اعفاء الناقل من المسئولية أو التخفيف منها على حسب الأحوال .

١٢ ــ استبعاد بروتوكول لاهاى الخطأ فى الطيران أو القيادة أو الملاحة من عداد وسائل دفع المسئولية

كانت اتفاقية فارسوفيا فى صورتها الأولى قبل تعديلها تقضى ــ فضلا عن الوسائل المتقدمة ــ بالتوسع فى دفع مسئولية الناقل عن نقل البضائع والأمتعة المسجلة وحدها دون نقل الركاب ، اذ كانت الفقرة الثانية من المادة ٢٠ منها تنص على أنه " لا يكون الناقل مسئولا فى حالة نقل البضائع والأمتعة اذا أثبت أن الضرر قد تولد عن خطأ فى الطيران أو فى قيادة الطائرة أو فى الملاحة ، وأنه قد اتخذ هو وتابعيه فى مختلف النواحى الأخرى كافة التدابير اللازمة لتفادى وقوع الضرر " .

وهذا النص مأخوذ من نص مماثل فى معاهدة بروكسل الخاصة بسندات الشحن فى شأن دفع مسئولية الناقل البحرى ، ولكنه ــ على خلافه ــ قاصر على نقل البضائع والأمتعة دون نقل الركاب . والمقصود به هنا ــ كما هو مقصود به هناك [2] ــ اعفاء الناقل من المسئولية عما يقع من أفراد هيئة الطاقم [3] من أخطاء متعلقة بعمليات التسيير الفنى للطائرة دون الأخطاء التجارية [4] ، نظرا لاستقلال أفراد الطاقم أثناء الطيران بالقيام بهذه العمليات

---

(١) Rabut, op. cit., p. 25. — Litvine, op. cit., No. 314 .

(٢) أنظر فى ذلك : Ripert, op. cit., No. 444.
مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرات ٥٠٤ ، ٥٠٥

(٣) فى هذا المعنى : Lemoine, op. cit., No. 847. — Litvine, op. cit., No. 307.
ولكن أنظر فى الحد من أشخاص من تنسب اليهم هذه الأخطاء :
Van Houtte, op. cit., No. 48.

(٤) Van Houtte, Lemoine, Litvine, ibid. — Chauveau, op. cit., No. 345.

وتوجيهها وانعدام رقابة الناقل واستحالة اشرافه عليهم فى شأنها (١) .
ولكن هذا النص أثار اعتراضات كثيرة ، ففيه مراعاة كبيرة لجانب الناقلين وتمكينهم فى أغلب الأحوال من الافلات من المسئولية باثبات خطأ فى الطيران أو القيادة أو الملاحة من قبل أفراد الطاقم وهو المتسبب فى كثير من الأضرار التى تلحق البضائع والأمتعة ، وفيه كذلك تفرقة لا مبرر لها بين نقل الركاب ونقل البضائع والأمتعة . لذلك جاء بروتوكول لاهاى فى المادة العاشرة منه ملغيا هذا النص ومسويا كلية — باستبعاد هذه الوسيلة — بين نقل الركاب ونقل البضائع والأمتعة فى شأن ما يملك الناقل الجوى من وسائل لدفع مسئوليته .

وعلى أى حال ، فالتجاء الناقلين الى الافادة من مثل هذا النص قبل الغائه لم يكن متصورا الا نادرا . اذ لم يكن من صالحهم دائما — وهم يقومون غالبا بنقل الركاب والبضائع والأمتعة معا فى نفس الرحلة الجوية وعلى نفس الطائرة — الاستناد الى هذا النص للتخلص من المسئولية عما يلحق البضائع والأمتعة من أضرار تحرزا من انعكاس ذلك على مسئوليتهم عن اصابات الركاب (٢) .

المبحث الرابع

تحديد المسئولية

حرصت الاتفاقية على تقرير الحد من قدر التعويض المستحق نتيجة توافر مسئولية الناقل الجوى بمبلغ معين من النقود ، ولكنها لم تلبث أن خرجت عليه فى أحوال معينة بالتشديد من مسئولية هذا الناقل وعدم التقيد بهذا الحد القانونى للتعويض .

---

(١) Van Houtte, ibid. — Chauveau, op. cit., No. 344. — Litvine, op. cit., No. 305.

(٢) Litvine, op. cit., No. 307.

١٣ ــ مبدأ تحديد المسئولية

اذا كانت الاتفاقية تحمى الركاب والمرسلين بابطال شروط اعفاء الناقل الجوى من المسئولية كما سنرى ، فانها جريا على ما تنتهجه من سياسة التوازن بين الركاب والمرسلين من ناحية والناقلين من ناحية أخرى ، قد بسطت حمايتها على الناقل الجوى بالحد من قدر التعويض المستحق قبله نتيجة توافر مسئوليته فى شأن نقل الركاب أو نقل البضائع والأمتعة على السواء .

وتحديد مسئولية الناقل الجوى على هذا النحو ، ليس بالمبدأ المستحدث فى نطاق القانون الجوى ، اذ توجد تشريعات وطنية كثيرة تأخذ به من قبل الاتفاقية[١] ؛ ولا هو بالمبدأ الفريد المقصور على مسئولية الناقل الجوى ، فله نظير فى شأن مسئولية الناقل البحرى خاصة[٢] .

والواقع أنه حيث تعظم المخاطر التى تصاحب نوعا معينا من النقل ، وهى أظهر ما تكون فى شأن النقل البحرى خاصة ، يتحتم تقرير مبدأ تحديد المسئولية بحد أقصى معين من التعويض مع اباحة الخروج عليه بالتشديد رعاية لمصلحة الركاب أو المرسلين فى أحوال معينة . وواضح أن ظروف الملاحة الجوية التى لم يتيسر بعد ــ فى حالة العلم الراهنة ــ التحكم فيها والسيطرة عليها سيطرة كاملة ، تفرض حماية الناقلين وضمان استمرار حركة الاستغلال الجوى التى ما تزال بعد فى مرحلة نشأتها ، بوضع حد للتعويضات التى تثبت قبلهم نتيجة تحقق مسئوليتهم ، والا أنتهى الأمر ــ أمام ضخامة مثل هذه التعويضات ــ الى افلاس مؤسسات النقل الجوى وشل حركة الملاحة الجوية التى باتت ــ رغم حداثة العهد بها ــ تؤدى للانسانية أجل الخدمات .

---

(١) أنظر فى ذلك : Van Houtte, op. cit., No. 52.

وأما فى القانون المصرى وهو خال من تشريع خاص بمسئولية الناقل الجوى ، فلم يكن من المتصور وجود تحديد قانونى لمسئوليته . ولكن القواعد العامة لا تمنع من وجود تحديد اتفاقى ، يخضع لأحكام القانون المدنى فى الشرط الجزائى (م ٢٢٣ و ٢٢٤ و ٢٢٥ مدنى) .

(٢) راجع فى ذلك : . Ripert, op. cit., Nos 451 et s

مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤١ وما بعدها .

وقد يكون فى مثل هذا التحديد – على الأقل فى شأن وفاة الركاب فى الحوادث الجوية – استهانة بالحياة الانسانية وقيمتها . ولكنه يظل – رغم ذلك – أمرا واجبا لا معدى عنه أمام المخاطر الملازمة للملاحة الجوية ، واقدام الناس على استخدام هذه الوسيلة فى تنقلاتهم وهم على بينة من مثل هذه المخاطر . فضلا عن أن هذا التحديد لمسئولية الناقل الجوى محدود نطاقه كما سنرى بحدود معينة ، فيمكن مجاوزته والارتفاع بالتعويض الى القدر المساوى للضرر الحقيقى فى أحوال خاصة .

ونراعى على أى حال أن قدر التعويض المقرر فى الاتفاقية كحد لمسئولية الناقل الجوى ليس من قبيل التقدير الجزافى forfait . ولذلك فليس تقريره الا باعتباره حدا أقصى لما يدفعه الناقل الجوى من تعويض ، بحيث اذا ثبت أن قيمة الضرر أدنى من هذا الحد فلا يستحق المضرور الا التعويض المساوى لهذه القيمة دون أن يحل له الحق فى ادعاء الحصول على قدر التعويض المقرر فى الاتفاقية ، فشرط الحصول على هذا القدر بتمامه هو أن يكون الضرر مساويا له أو أكبر منه (١) . ومعنى هذا أن التعويض يجب أن يكون مساويا فى الأصل لقيمة الضرر ، ولكن بشرط عدم مجاوزة الحد الأقصى المقرر فى الاتفاقية (٢) .

واذا كانت اتفاقية فارسوفيا قد قدرت – فى سبيل الحد من مسئولية الناقل الجوى – قدرا أقصى معينا للتعويض سواء فى شأن نقل الركاب أو نقل البضائع والأمتعة ، فان مضى وقت طويل على التوقيع على هذه الاتفاقية منذ سنة ١٩٢٩ ، قد جعل مبالغ التعويض المقدرة فيها غير متناسبة مع ارتفاع مستوى المعيشة والأسعار اليوم ، مما دعا الى اعادة النظر فى قدر هذه المبالغ ، خاصة وأن مخاطر الطيران ونسبة الحوادث الجوية قد أخذت فى التناقص عما كانت عليه الحال وقت وضع الاتفاقية مما يسمح بالارتفاع

---

(١) Rabut, op. cit., pp. 26, 27.

(٢) ونفس هذا الحكم مقرر فى القانون البحرى ، أنظر : Ripert, op. cit., No.451 مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٤٢ .

بالحد القانونى للتعويض وبتقبل الناقلين والمؤمنين لهذا الارتفاع دون اعتراض. ولكن بروتوكول لاهاى لم يقرر الارتفاع بهذا الحد الا فى شأن المسئولية عن اصابة الركاب دون المسئولية عن الأضرار التى تلحق البضائع والأمتعة . ولعله راعى فى شأن هذه المسئولية الأخيرة ، أن المرسل الحريص يستطيع تجنب القناعة بهذا الحد من التعويض والحصول على تعويض كامل مساو للضرر اذا أعلن الناقل مقدما بقيمة البضاعة أو الأمتعة .

وعلى أى حال ، فان تقرير هذا الحد الأقصى لمسئولية الناقل الجوى ، انما تراعى الاتفاقية فى فرضه أنه أقل ضمان يجب توفيره للراكب أو المرسل فى حالة مساواة الضرر لهذا الحد أو زيادته عليه ، ولذلك فهى تمنع كل نزول بالتعويض عن هذا الحد وتعتبر باطلا كل اتفاق على ذلك ، اذ تنص المادة ١/٢٣ على أن " كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسئوليته أو الى تقرير حد أدنى من الحد المعين فى هذه الاتفاقية يكون باطلا وكأنه لم يكن . على أن بطلان هذا الشرط لا يترتب عليه بطلان العقد الذى يظل خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية " . ولكن الاتفاق على النزول بالتعويض عن الحد القانونى يظل جائزا فى شأن نقل البضائع ، اذا كان الضرر متأتيا من طبيعتها أو من عيب ذاتى فيها ، فذلك من قبيل خطأ المرسل مما يجوز ، اذا كان خطأ الناقل مشتركا معه فى إحداث الضرر ، الاتفاق على الانتقاص من التعويض والنزول به عن الحد القانونى . وهذا الحكم قد نص عليه صراحة بروتوكول لاهاى ، اذ أضاف فقرة ثانية الى المادة ٢٣ قرر فيها أنه " لا تطبق الفقرة الأولى من هذه المادة على الشروط المتعلقة بالضياع أو الضرر الناتج من طبيعة البضائع المنقولة أو من عيب ذاتى فيها " .

والاتفاقية — فى تحديدها مثل هذا الحد القانونى الأقصى للتعويض — قد بسطته على أحوال المسئولية جميعا ، سواء فى شأن المسئولية عن اصابات الركاب أو عن الضرر اللاحق بالبضاعة والأمتعة ، وسواء كانت الأمتعة مسجلة أو غير مسجلة ، وذلك على النحو التالى :

١ — حد التعويض فى نقل الركاب : تنص المادة ١/٢٢ فى صيغتها المعدلة ببروتوكول لاهاى على أنه " فى نقل الأشخاص ، تكون مسئولية الناقل قبل كل راكب محدودة بمبلغ مائتى وخمسين الف فرنك . واذا كان قانون المحكمة المعروض عليها النزاع يجيز أن يكون التعويض فى صورة ريع ، فلا يجوز أن يزيد رأس المال عن الحد المذكور" . وبذلك ارتفع حد التعويض عن اصابات الركاب بمقتضى بروتوكول لاهاى — استجابة للاعتبارات التى سبقت الاشارة اليها — الى الضعف عما كان عليه أصلا فى الاتفاقية ، حيث كان مقدرا فيها بمبلغ ١٢٥ الف فرنك فحسب .

٢ — حد التعويض فى نقل البضائع والأمتعة المسجلة : قدرت الاتفاقية حدا أقصى للتعويض عما يلحق البضائع والأمتعة المسجلة من أضرار هو مبلغ ٢٥٠ فرنكا عن كل كيلوجرام . ولم يغير بروتوكول لاهاى من هذا الحد كما سبقت الاشارة على خلاف ما فعل فى شأن نقل الركاب . ولكنه عنى أساسا بحسم الخلاف حول الأساس الذى يتخذ لاحتساب هذا الحد حينما يكون الضرر جزئيا ، فقرر أنه هو الوزن الكلى للطرد أو الطرود اللاحق بها الضرر دون غيرها من الطرود الأخرى التى يتضمنها نفس خطاب النقل الجوى أو استمارة الأمتعة ، الا أن يكون من شأن هذا الضرر الجزئى الانتقاص من قيمة هذه الطرود الأخيرة فحينئذ يتم احتساب حد التعويض على أساس الوزن الكلى لجميع هذه الطرود ما لحقه منها الضرر مباشرة وما انتقصت قيمته بالتبعية .

وبذلك أصبحت المادة ٢/٢٢ من الاتفاقية تنص بعد تعديلها على ما يأتى :

(ا) " فى نقل الأمتعة المسجلة والبضائع ، تكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ مائتى وخمسين فرنكا عن كل كيلو جرام .

(ب) فى حالة ضياع أو تلف أو تأخير جزء من الأمتعة المسجلة أو البضائع أو أى شىء مما تتضمنه ، فان الوزن الكلى للطرد أو الطرود المتعلق بها الأمر هو الذى يؤخذ وحده فى الاعتبار لتعيين حد مسئولية الناقل . غير أنه اذا كان ضياع أو تلف أو تأخير جزء من الأمتعة المسجلة أو البضائع أو أى شىء مما تتضمنه يؤثر فى قيمة طرود

أخرى تشملها نفس استمارة الأمتعة أونفس خطاب النقل الجوى ، فيجب أن يؤخذ الوزن الكلى لهذه الطرود فى الاعتبار لتعيين حد المسئولية " .

٣ ـ حد التعويض فى نقل الأمتعة غير المسجلة : سبق أن قلنا إن المبدأ اذا كان هو عدم مسئولية الناقل الجوى عما يصيب الأمتعة غير المسجلة من ضرر لأنها تكون فى حراسة الراكب لا فى حراسته ، فان هذه المسئولية قد تتحقق فى جانبه رغم ذلك اذا أثبت الراكب خطأ منه أو من تابعيه . ففى مثل هذه الحالة ، حرصت الاتفاقية كذلك على أن تطبق مبدأ تحديد مسئولية الناقل ، فقررت المادة ٣/٢٢ أنه " فيما يتعلق بالأشياء التى يحتفظ الراكب بحراستها ، تكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ خمسة آلاف فرنك لكل راكب " . وهذا الحد كذلك لم يتغير قدره فى بروتوكول لاهاى .

وقد راعت الاتفاقية فى تعيين الحد الأقصى للتعويض على ما سلف من بيان ، أن تجعله بقدر الامكان بمنأى عن تقلبات العملات الوطنية المختلفة واحتمال هبوط قوتها الشرائية ، فربطته بقيمة الذهب محددا بوزن معين ، بحيث يدفع التعويض فى حدود هذا الحد بعملة وطنية محسوبة على أساس هذه القيمة ، بل وجاء بروتوكول لاهاى حاسما لخلاف كان قائما حول احتساب هذا الحد[1] ، ومقررا احتسابه وفق قيمة الذهب وقت صدور الحكم بالتعويض لا وقت تحقق الضرر . فالفقرة الخامسة من المادة ٢٢ تنص فى صيغتها الجديدة التى أعطاها لها بروتوكول لاهاى على أن " المبالغ المبينة بالفرنكات فى هذه المادة تعتبر مقدرة بواقع وحدة نقدية مكونة من ٦٥ مليجراما ونصف من الذهب عيار تسعمائة من الألف ذهبا خالصا . وتكون هذه المبالغ قابلة للتحويل الى كل عملة وطنية فى أرقام صحيحة . وتحويل هذه المبالغ الى عملات وطنية غير العملة الذهبية ، يتم ـ فى حالة رفع دعوى قضائية ـ وفقا للقيمة الذهبية لهذه العملات فى تاريخ الحكم " .

---

(١) أنظر : Rabut, op. cit., p. 27

واذا كانت الاتفاقية تفرض مثل هذا الحد الأقصى للتعويض ، فهو بطبيعة الحال لا يشمل ما قد يحكم به للمدعى من مصاريف القضية ، الا أن يكون المدعى هو المتسبب دون مبرر فى رفع الدعوى برفضه ما عرضه عليه الناقل من تعويض لم تحكم المحكمة بأكثر منه فيحرم حينئذ من الحصول على مثل هذه المصاريف . وقد أدخل بروتوكول لاهاى هذا الحكم فى الفقرة الرابعة من المادة ٢٢ بقوله " ليس من شأن الحدود المذكور فى هذه المادة أن تنزع من المحكمة رخصة القضاء ، وفق قانونها ، بمبلغ زائد يقابل مصاريف القضية المرفوعة من المدعى ونفقاتها الأخرى . ولا يسرى هذا النص اذا كان مبلغ التعويض المحكوم به – دون احتساب المصاريف والنفقات الأخرى للقضية – لا يجاوز المبلغ الذى عرضه الناقل كتابة على المدعى خلال ستة أشهر من تاريخ الواقعة المسببة للضرر أو قبل رفع الدعوى اذا كان رفعها لاحقا لهذا الأجل " .

١٤– الخروج على مبدأ تحديد المسئولية

اذا كان المبدأ المقرر فى الاتفاقية هو تحديد مسئولية الناقل الجوى – حماية له – بحد أقصى من التعويض كما رأينا ، الا أن هذا المبدأ ليس بالمطلق ؛ فثم أحوال يجوز فيها الخروج عليه برفع مبلغ التعويض عن الحد الأقصى المفروض ، اما نتيجة اتفاق على هذا الرفع ، واما نتيجة ما تقرره الاتفاقية كجزاء من حرمان الناقل فى أحوال معينة من الافادة من مبدأ تحديد مسئوليته . فنعرض فيما يلى لهاتين الحالتين الاستثنائيتين حيث تشدد مسئولية الناقل خلافا للأصل .

١ – الاتفاق على رفع مبلغ التعويض :

اذا كانت الاتفاقية تفرض حدا أقصى قانونيا لمسئولية الناقل الجوى وما يلتزم به من تعويض بقصد حماية هذا الناقل وعدم اثقاله بعبء باهظ من التعويضات قد يشل نشاطه ويوقف أو يعرقل حركة الملاحة الجوية والاستغلال الجوى ، فمقتضى ذلك تجويز تنازل الناقل عن هذه الحماية

وقبوله حدا أعلى لمسئوليته ولما يلتزم به من تعويض . ولذلك فاذا كان المبدأ – كما سنرى – هو بطلان كل اتفاق على النزول بالحد الأقصى المفروض فى الاتفاقية للتعويض كما سنرى ، فعلى العكس من ذلك يعتبر صحيحا كل اتفاق على الارتفاع بالتعويض زيادة على هذا الحد الأقصى .

والاتفاقية نفسها صريحة فى تجويز مثل هذا الاتفاق برفع التعويض فى شأن نقل الأشخاص ، اذ أنها بعد أن حددت مسئولية الناقل الجوى عن اصابات الركاب بمبلغ أقصى عن كل راكب ، مضت فنصت على أنه "يجوز للراكب بناء على اتفاق خاص مع الناقل أن يضع حدا أعلى للمسئولية" (م ١/٢٢) . ولكن يراعى أن اتفاقات رفع التعويض نادرة فى شأن نقل الركاب ، حيث يكثر عادة الالتجاء الى التأمين لضمان تعويض ما يقصر الحد القانونى لمسئولية الناقل عن تعويضه من أضرار [١] .

وأما فى شأن نقل البضائع والأمتعة المسجلة ، فالاتفاقية كذلك صريحة فى تجويز الاتفاق على رفع حد المسئولية ، بل ان مثل هذا الاتفاق يعرض فى شأن هذا النقل أكثر مما يعرض فى شأن نقل الأشخاص عن طريق مايسمى « اعلان الأهمية أو القيمة » : اذ تنص المادة ٢/٢٢ – أ على أنه : "فى نقل الأمتعة المسجلة والبضائع تكون مسئولية الناقل محدودة بمبلغ مائتى وخمسين فرنكا عن كل كيلوجرام ، ما لم يقدم المرسل – وقت تسليم الطرد الى الناقل – اقرارا خاصا بما يعلقه من أهمية على تسليمه ومقابل دفع رسم اضافى اذا لزم الأمر . وفى هذه الحالة ، يكون الناقل ملزما بالتعويض فى حدود المبلغ المعلن ، ما لم يثبت أن هذا المبلغ يفوق الأهمية الحقيقية التى يعلقها المرسل على التسليم" .

ومن ذلك يتبين أنه حيث تكون لبعض الطرود أهمية خاصة لدى المرسل لا يبلغها الحد القانونى لمسئولية الناقل ، فيستطيع المرسل توقى الاكتفاء بهذا الحد باعلام الناقل بهذه الأهمية عن طريق اعلان القيمة ، بحيث يلتزم

---

(١) Van Houtte, op. cit., No. 64 — Chauveau, op. cit., No. 360

الناقل — عند تحقق الضرر وثبوت مسئوليته — بتعويض الضرر فى حدود هذه القيمة المعلنة المجاوزة الحد القانونى للتعويض مقابل التزام المرسل غالبا بدفع رسم اضافى معين . ولكن حتى ينتج هذا الاعلام أو الاعلان أثره ، ينبغى أن يكون متحققا عند تسليم البضاعة أو الأمتعة المسجلة لا بعد ذلك .

وينبغى أن يراعى أن اعلان القيمة لا يغير من شروط ثبوت مسئولية الناقل كما هى مقررة فى الاتفاقية ، وانما ينحصر أثره فى رفع الحد الأقصى لهذه المسئولية وامكان الزام الناقل بتعويض أكبر(١) . وبذلك تعتبر القيمة المعلنة حدا أقصى خاصا لمسئولية الناقل لا يجوز تجاوزه ولكن ليس من المحتم بلوغه (٢) . اذ تنبغى مراعاة الأصل من وجوب مساواة التعويض للضرر ، فاذا كان الضرر أقل من القيمة المعلنة فلا يلتزم الناقل بالتعويض الا بقدر الضرر ، ولكن يقع عليه وحده عبء اثبات هذا القدر ومجاوزة القيمة المعلنة له ، بأن يثبت أن هذه القيمة تفوق ما يعلقه المرسل على تسليم الطرد أو الطرود من أهمية حقيقية ، سواء كانت مادية أو معنوية (٣) ؛ والعبرة فى هذه الأهمية بها عند التسليم لا عند الارسال (٤) .

٢ — حرمان الناقل من الافادة من تحديد المسئولية :

اذا كانت الاتفاقية تحابى الناقل وتبسط عليه حماية فعالة بتقرير مبدأ الحد من مسئوليته ، فهى ترفع عنه هذه الحماية وتحرمه من حق الوقوف بمسئوليته وما يلتزم به من تعويض عند هذا الحد كجزاء توقعه عليه فى حالتين : حالة تخلف أو نقص تذكرة السفر أو استمارة نقل الأمتعة أو خطاب النقل الجوى ، وحالة الغش أو الخطأ الجسيم من جانب الناقل أو من جانب تابعيه .

---

(١) Van Houtte, ibid.

(٢) Chauveau, op. cit., No. 362

(٣) Van Houtte, op. cit., No. 64

(٤) Chauveau, op. cit., No. 362

(أ) تخلف أو نقص مستند النقل : كانت اتفاقية فارسوفيا تغلب الصفة الشكلية فى شأن تذكرة السفر واستمارة نقل الأمتعة وخطاب النقل الجوى ، بالاكثار من البيانات الواجب تضمينها فيها وخاصة فى شأن المستند الأخير ، وبالشدة فى الجزاء المقرر على تخلف هذه المستندات أو اغفال أكثر هذه البيانات بحرمان الناقل من التمسك بأحكام الاتفاقية التى تعفيه من المسئولية أو تحد منها .

وكان هذا الوضع منتقدا (١) أمام الصفة الاثباتية البحتة — والتى تعترف بها الاتفاقية — لهذه المستندات ، وأمام شدة الجزاء وعدم تناسبه مع الأهمية غير الجوهرية لأغلب البيانات المغفلة . لذلك كان هذا الوضع محل اعتبار المؤتمرين فى لاهاى لتعديل الاتفاقية ، فجاء بروتوكول لاهاى متخففا من روح الشكلية السائدة فى الاتفاقية فى صيغتها الأولى ، ومضيقا بالتالى من مدى إعمال هذا الجزاء . اذ أصبح يسوى بين تذكرة السفر واستمارة نقل الأمتعة وخطاب النقل الجوى ويقتصر منها على بيانين رئيسين فحسب : الاشارة من ناحية الى الصفة الدولية للنقل الجوى فى مفهوم الاتفاقية ببيان نقطتى القيام والوصول ومحل المرسى على حسب الأحوال ، والاشارة من ناحية ثانية الى خضوع النقل لنظام المسئولية ومبدأ تحديدها خاصة المقرر فى الاتفاقية (٢) ؛ بحيث اذا لم تعد أو تسلم تذكرة السفر أو استمارة نقل الأمتعة أو خطاب النقل الجوى أو أغفل التنبيه الى خضوع النقل لنظام المسئولية وتحديدها المقرر فى الاتفاقية ، فيكون الجزاء هو حرمان الناقل الجوى من الافادة من حكم تحديد مسئوليته(٣) .

وقد يمكن تبرير هذا الجزاء — وخاصة بعد حصر نطاقه على هذا النحو — بكون الحماية الممنوحة للناقل بتحديد مسئوليته تستلزم ابتداء أن يكون موفيا

---

(١) أنظر فى ذلك :

Lemoine, op. cit., note (1) p. 410. — Chauveau, op. cit., No. 232. — De Juglart op. cit., No. 300

(٢) أنظر م ١/٣ ، ١/٤ ، و ٨ من الاتفاقية فى صيغتها الجديدة المعدلة ببروتوكول لاهاى .

(٣) أنظر م ٢/٣ ، و ٢/٤ و ٩ من الاتفاقية فى صيغتها الجديدة المعدلة ببروتوكول لاهاى .

بالتزام من التزاماته الأساسية والأولية هو اعطاء أو تسليم الراكب أو المرسل مستند نقل ، وأن يكون معلنا ومنبها الطرف الآخر المتعاقد الى انصراف ارادته الى الافادة من هذا التحديد لمسئوليته ؛ فان لم يفعل هذا أو ذاك حرم نفسه بنفسه من هذا التحديد ، وكأنه قد تنازل عن التمسك به وادعائه .

(ب) الغش أو الخطأ الجسيم : اذا كان مبدأ التحديد القانونى للمسئولية مقررا فى الاتفاقية حماية للناقل الجوى ، فطبيعى ألا تظل هذه الحماية مبسوطة عليه اذا كان لا يستأهلها نتيجة ارتكابه هو أو تابعيه أخطاء عمدية أو غير مغتفرة ، فيستحق منه التعويض حينئذ دون وقوف عند الحد القانونى الأقصى المقرر . واذا كان حرمان الناقل الجوى من الافادة من حكم تحديد المسئولية فى هذه الحالة أمرا طبيعيا وعادلا ويتفق مع حكم الشرائع الوطنية المختلفة ، فقد وجد المؤتمرون فى فارسوفيا أنفسهم أمام مشكلتين : الأولى ، مشكلة الصعوبة الاصطلاحية فى التعبير عن هذا النوع من الأخطاء التى تحرم الناقل من حكم التحديد ؛ ذلك أن اصطلاح (le dol) أى الغش الذى يمكن التعبير به أساسا عن هذه الأخطاء فى اللغة الفرنسية القانونية — وهى اللغة الرسمية لنصوص اتفاقية فارسوفيا — لا تجد مقابلا مطابقا له فى بعض الشرائع وخاصة الشرائع الأنجلو سكسونية التى تعرف اصطلاحا آخر هو اصطلاح (wilful misconduct) الذى لا يقتصر على المدلول الدقيق لاصطلاح « الغش » الفرنسى . والثانية ، مشكلة تسوية الخطأ الجسيم (le faute lourde) — وليس له اصطلاح مقابل مطابق كذلك فى القوانين الأنجلو سكسونية — بالغش فى الحرمان من تحديد المسئولية (١) .

وقد انتهى الأمر الى خروج اتفاقية فارسوفيا فى هذا الشأن فى صيغة تستند أساسا الى اصطلاح « الغش » الفرنسى ، ولكنها تدفع الحرج عن القوانين التى لا تعرف مقابلا لهذا الاصطلاح فتترك المجال مفتوحا أمام

(١) أنظر فى الاشارة الى الأعمال التحضيرية لمؤتمر فارسوفيا ومناقشاته فى شأن هاتين المشكلتين : Lemoine, op. cit., No. 832. — Litvine, op. cit., Nos 331 et s. — Chauveau, article précité, pp. 240 — 244.

ما تعرفه هذه القوانين من اصطلاحات أخرى ، وتتيح كذلك تشبيه الخطأ الجسيم بالغش (١) حيثما تجرى القوانين الوطنية على ذلك(٢) . اذ نصت المادة ٢٥ منها على أنه " ١– ليس للناقل أن يتمسك بأحكام هذه الاتفاقية التى تعفيه من المسئولية أو تحد منها اذا كان الضرر قد تولد من غشه أو من خطأ يراه قانون المحكمة المعروض عليها النزاع معادلا للغش . ٢– وكذلك يحرم الناقل من هذا الحق اذا أحدث الضرر ، فى نفس الظروف ، أحد تابعيه فى أثناء تأديته لأعمال وظيفته " .

ولكن الحل الذى انتهت اليه الاتفاقية على هذا النحو لم يكن بالحل المرضى ، لأنه يحيل الى القوانين الوطنية وهى مختلفة فى هذا الشأن مما يعكس غرض التوحيد الذى تستهدفه الاتفاقية أساسا(٣) ، ولأنها باستعمالها اصطلاحا فرنسيا غير معروف فى بعض القوانين وخاصة القوانين الأنجلو سكسونية قد زادت الأمر صعوبة فى شأن تحديد الأخطاء التى تحرم الناقل من الافادة من حكم تحديد مسئوليته . من أجل ذلك عنى المؤتمرون فى لاهاى باعادة النظر فى نص المادة ٢٥ ، وتوصلوا الى تعديله على أساس يحقق التوحيد المنشود ويرفع الشك والتضارب حول مدلول هذه الأخطاء التى يعتبر الحرمان من تحديد المسئولية جزاء على ارتكابها ، اذ عدلوا عن استعمال اصطلاح « الغش » اكتفاء بوصف الأخطاء بأنها عمدية ، وقرنوا بها مساوين فى الحكم – دون انزلاق الى استعمال اصطلاح « الخطأ الجسيم » – الأخطاء التى وان لم ترتكب عمدا الا أنها قريبة من العمد لما يصاحبها من ادراك احتمال تسببها فى الضرر . فأصبح نص المادة ٢٥ فى صيغته الجديدة المعدلة بمقتضى

---

(١) فى هذا المعنى :

Van Houtte, op. cit., No. 63. — Lemoine, op. cit., No. 832, p. 554.—Chauveau, op. cit., No. 365. — Litvine op. cit., No. 340

وأنظر عكس ذلك : Rabut, op. cit., p. 32 .

(٢) يرى الأستاذ "شوفو" أن تحديد الخطأ الجسيم يجب أن يلتمس ، لا فى القواعد الخاصة بكل قانون وطنى على حدة ، ولكن فى الأصول المشتركة بين شرائع الدول المتمدينة (أنظر : Chauveau, article précité, pp. 244 et s) .

(٣) فى هذا المعنى : Litvine, op. cit., Nos. 337, 340.

بروتوكول لاهاى يقضى بأنه "لا تسرى حدود المسئولية المقررة فى المادة ٢٢ متى قام الدليل على أن الضرر ناشىء عن فعل أو امتناع من جانب الناقل أو تابعيه واقع ، اما بقصد احداث ضرر ، واما برعونة مقرونة بادراك احتمال ترتب ضرر على ذلك . فاذا وقع الفعل أو الامتناع من جانب التابعين ، فيجب كذلك اقامة الدليل على أنهم انما تصرفوا عندئذ فى نطاق تأدية وظائفهم" .

وبذلك عبرت الاتفاقية — دون تورط فى استعمال اصطلاحات معينة قد يكون لها مفهوم وطنى محدود — عن فكرتى « الغش » و « الخطأ الجسيم أو غير المغتفر » [١] الشائعتين فى القوانين اللاتينية وفيما يأخذ عنها من قوانين كالقانون المصرى ، وعن الفكرة المعروفة فى القوانين الأنجلو سكسونية تحت اصطلاح (wilful misconduct) [٢] .

وظاهر أنه يستوى لحرمان الناقل من تحديد المسئولية أن تكون مثل هذه الأخطاء من جانبه ، أو من جانب تابعيه ما داموا يرتكبونها أثناء تأدية وظائفهم وفى نطاقها [٣] .

ولم يكن فى الاتفاقية فى الأصل نص بشأن امكان التابعين — اذا رفعت عليهم الدعوى — الافادة من حكم التحديد ، وحرمانهم من ذلك بالتالى فى حالة الغش أو الخطأ الجسيم من جانبهم . ولكن اعتبار التابع ممثلا للناقل

---

(١) يأخذ المشرع الفرنسى بنفس التعريف الذى انتهى اليه بروتوكول لاهاى للأخطاء المشبهة بالغش رغم أنه يبدو أنه لم يصدق عليه بعد ، فهو فى القانون رقم ٢٥٩ لسنة ١٩٥٧ الذى يقرر فيه تطبيق اتفاقية فارسوفيا فى شأن مسئولية الناقل الجوى على النقل الداخلى معدلا فى ذلك بعض أحكام قانون ٣١ مايو سنة ١٩٢٤ ، يقرر ما يلى :

" Pour l'application de l'art. 25 de ladite convention, la faute considérée comme équipollente au dol est la faute délibérée qui implique la conscience de la probabilité du dommage et son acceptation téméraire sans raison valable (Recueil Dalloz, 1957, Législation, p. 84) .

(٢) أنظر فى مدلول هذا الاصطلاح :
Litvine, op. cit., No. 332

(٣) فلا يكفى أن تكون هذه الأخطاء مرتكبة بمناسبة الوظيفة . وهذا الحل متفق مع القوانين الانجليزية والألمانية خلافا للقانون الفرنسى (أنظر Lemoine, op. cit., No. 822).

فى تنفيذ عقد النقل يجعله من وجه مختلطا به [1] ويبرر معاملته على نفس الأساس ، بل واعتبار حد المسئولية واحدا لهما معا — لا لكل منهما على حدة — لمجموع ما يلزمان به من تعويض . وقد أدرك المؤتمرون فى لاهاى وجوب توضيح كل ذلك دفعا لأى شك . ولذلك أضاف بروتوكول لاهاى مادة جديدة الى الاتفاقية هى المادة ٢٥ أ التى تقضى بأنه " ١— اذا رفعت دعوى على تابع للناقل عن ضرر مما أشير اليه فى هذه الاتفاقية ، فلهذا التابع أن ينتفع بحدود المسئولية التى يحق للناقل التمسك بها بمقتضى المادة ٢٢ ، اذا أثبت أنه كان يعمل فى نطاق وظائفه . ٢ — ويجب ألا يتعدى مجموع التعويض الذى يمكن الحصول عليه فى هذه الحالة ، من الناقل وتابعيه معا ، تلك الحدود . ٣ — ولا تسرى أحكام الفقرتين الأولى والثانية من هذه المادة اذا قام الدليل على أن الضرر ناشىء عن فعل أو امتناع من جانب التابع واقع ، اما بقصد احداث ضرر ، واما برعونة مقرونة بادراك احتمال ترتب ضرر على ذلك" .

المبحث الخامس

اتفاقات الاعفاء أو التخفيف من المسئولية

١٥— بطلان هذه الاتفاقات

سلكت الاتفاقية مسلكا مناقضا لما هو مقرر فى كثير من القوانين الوطنية [2] من جواز الاتفاق على الاعفاء من مسئولية الناقل الجوى فى غير حالة الغش أو الخطأ الجسيم باعتبارها مسئولية عقدية وللارادة سلطان فى هذا المجال [3] . ذلك أن الاتفاقية ، وقد راعت مصلحة الناقلين مراعاة

---

(١) Lemoine, op. cit., Nos. 822, 841

(٢) راجع فى ذلك :

Van Houtte, op. cit., No. 56 — Lemoine, op. cit., Nos. 718, 747, 751, 788, 795.

(٣) وهذا المبدأ هو المقرر كذلك فى القانون المصرى ؛ فأمام عدم وجود تشريع خاص يحكم مسئولية الناقل الجوى فى شأن عمليات النقل الجوى الداخلية ، يجب تطبيق القواعد العامة التى تجوز الاتفاق على الاعفاء من المسئولية العقدية عن الأخطاء الشخصية غير العمدية أو الجسيمة =

كبيرة فلم تجعل التزامهم التزاما بتحقيق نتيجة كما هى الحال فى أغلب القوانين بل مجرد التزام ببذل عناية بحيث يملكون التخلص من المسئولية باثبات عدم تقصيرهم واتخاذهم الاجراءات والتدابير المعقولة لتفادى الضرر ، لم يكن باستطاعتها منحهم مزيدا من الرعاية على حساب الركاب والمرسلين بتجويز ما يضمنّون عقود النقل من شروط بالاعفاء من المسئولية . بل ان التوازن بين طرفى عقد النقل الجوى الذى وضعته الاتفاقية نصب عينيها فى كل نصوصها ، يفرض ويبرر المسلك الذى اختطه الاتفاقية من تقرير بطلان شروط الاعفاء من المسئولية ، أيا كان نوع النقل : نقل أشخاص أو نقل بضائع أو أمتعة ، وأيا كان نوع الخطأ المشترط الاعفاء من المسئولية عنه : خطأ عمديا أو جسيما أو غير ذلك .

والحرص على هذا التوازن كذلك ، هو الذى فرض على الاتفاقية مسلكها أيضا فى بسط حكم البطلان على اتفاقات النزول بحد المسئولية عن الحد الأقصى المقرر [1] . اذ ما دام المقصود بتقرير هذا الحد الأقصى شمول الناقلين بحماية كبيرة فعالة ، ففى الناحية المقابلة يجب اعتبار هذا الحد الأقصى لمسئولية الناقل حدا أدنى لضمان تعويض الراكب أو المرسل اذا كان الضرر مساويا أو مجاوزا له ، بحيث يكون فى الاتفاق على النزول عن هذا الحد الأدنى من الضمان تعريضا للتوازن الذى تحرص عليه الاتفاقية لخطر كبير .

= وعن أخطاء التابعين حتى العمدى منها أو الجسيم (م ٢/٢١٧ مدنى) [أنظر مع ذلك فى انتقاد صحة شروط الاعفاء من المسئولية عن أخطاء التابعين فى عقد النقل : محسن شفيق ، المرجع السابق : فقرة ١٥٩ ، ص ١٤٠ – أكثم الخولى ، المرجع السابق ، فقرة ٣٠٠ ص ٣٤٣] . ولكن تجب مراعاة الاتجاه الفقهى نحو قصر صحة شروط الاعفاء من المسئولية فى شأن نقل الأشخاص على الحالات التى يكون الضرر فيها متعلقا بالمال لا بالشخص أو الجسم (أنظر فى ذلك : Mazeaud, op. cit., t. 111, Nos. 2529 — 2531. – أنور سلطان ، المرجع السابق ، ج ١ ، فقرة ٥١٠ . وقارن : عبد الرزاق السنهورى ، المرجع السابق ، ج ١ ، هامش ١ ص ٦٧٧

(١) وعلى العكس من ذلك ، يعتبر صحيحا الاتفاق على تحمل الناقل مسئولية أثقل يجاوز التعويض فيها الحد القانونى الأقصى (Lemoine, op. cit., No. 830.- Chauveau, p. 101, note 51)

ولذلك نصت م ١/٢٣ من الاتفاقية على أن " كل شرط يهدف الى اعفاء الناقل من مسئوليته أو الى تقرير حد أدنى من الحد المعين فى هذه الاتفاقية يكون باطلا وكأنه لم يكن [١] . على أن بطلان هذا الشرط ، لا يترتب عليه بطلان العقد الذى يظل خاضعا لأحكام هذه الاتفاقية " . ولم تستثن الاتفاقية من حكم هذا البطلان الا الشروط المتعلقة بالضياع أو الضرر الناتج من طبيعة البضائع أو من عيب ذاتى فيها (م ٢/٢٣) كما سبق البيان .

وواضح أن بطلان شروط الاعفاء من المسئولية أو النزول بحدها كما هو مقرر فى الاتفاقية ، لا ينصرف الا الى الاتفاق مقدما على ذلك ؛ فيكون صحيحا اذن كل اتفاق على الاعفاء من المسئولية أو النزول بحدها يكون معقودا بعد وقوع الضرر [٢] . وهذا بديهى ومستخلص كذلك بالقياس من نص المادة ٣٢ من الاتفاقية على أن "تكون باطلة جميع شروط عقد النقل وجميع الاتفاقات الخاصة السابقة على وقوع الضرر اذا خالف الأطراف المتعاقدون بمقتضاها قواعد هذه الاتفاقية ، اما بتعيين القانون الواجب التطبيق أم بتعديل قواعد الاختصاص " .

واذا كان المبدأ هو بطلان شروط الاعفاء من المسئولية ، فيجب ألا يقصر ذلك على اشتراط الاعفاء مباشرة من المسئولية ، بل يبسط البطلان كذلك على كل شرط يهدف بطريق غير مباشر الى مثل هذا الاعفاء ، وهو ما يتحقق بالانتقاص مما تقرره الاتفاقية للمضرور من حقوق فى سبيل تعويض ما يلحقه من ضرر [٣] . وعلى هذا النحو ، يجب أن تعتبر باطلة شروط تقصير مواعيد الاحتجاج أو مدة سقوط أو تقادم الدعوى ؛

---

(١) وهذا الحكم مقرر كذلك فى معاهدة سندات الشحن فى شأن النقل البحرى : (أنظر Ripert, op. cit., No. 439 مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٣٠) .

(٢) Lemoine, Chauveau, ibid

(٣) Chauveau, op. cit., No. 366

وشروط نقل عبء الاثبات (١) بوضعه على عاتق الراكب أو المرسل بدلا من الناقل اذ يحمل ذلك معنى التحايل على ما تقرره الاتفاقية من شروط الاعفاء من المسئولية نظرا لتعذر قيام الراكب أو المرسل بمثل هذا الاثبات . ولكن يبدو أنه يعتبر صحيحا ما يكثر فى العمل من شروط النزول مقدما عن كل دعوى قبل الناقل مقابل قيام الناقل بالتأمين لصالح الراكب أو المرسل بما يوازى الحد القانونى لمسئوليته ، لأن حق المضرور فى التعويض يظل قائما ومؤكدا فى حدود ما تقرره الاتفاقية (٢) .

المبحث السادس

دعوى المسئولية

تعرضت الاتفاقية لبيان القواعد الخاصة التى تحكم دعوى المسئولية ، وخاصة من حيث الاختصاص وتحديد المدعى عليه والدفع بعدم القبول وسقوط الدعوى .

١٦- الاختصاص

تنص المادة ١/٢٨ من الاتفاقية على أن " يقيم المدعى دعوى المسئولية فى اقليم أحد الأطراف السامية المتعاقدة وفقا لما يختاره ، اما أمام محكمة موطن الناقل أو محكمة المركز الرئيسى لنشاطه ، أو محكمة الجهة التى يكون له فيها منشأة تولت عنه ابرام العقد بمعرفتها ، واما أمام بمحكمة جهة الوصول " .

ومن ذلك يتبين أن الاتفاقية أعطت المدعى الخيار فى رفع الدعوى بين محكمتين : محكمة الناقل ، ومحكمة جهة الوصول . أما فيما يتعلق بمحكمة الناقل ، فقد توسعت الاتفاقية فى تحديدها ، فهى اما محكمة موطن نفس

---

(١) Chauveau, ibid

وبطلان شروط نقل عبء الاثبات مقرر كذلك فى صدد النقل البحرى (أنظر : Ripert, op. cit., No. 439 – مصطفى كمال طه ، المرجع السابق ، فقرة ٥٣٠ ص ٥٢٣)

(٢) Chauveau, op. cit., No. 367

الناقل أو المحكمة التى يوجد فيها المركز الرئيسى لمؤسسته أو المحكمة التى يقع فى دائرتها أحد الفروع التابعة لهذه المؤسسة اذا كان العقد قد أبرم بواسطة هذا الفرع . وأما المحكمة الثانية التى يثبت الخيار فى شأنها ، فهى محكمة جهة الوصول التى وصلت اليها الطائرة فعلا أو التى كان محددا وصولها اليها .

وللاختيار المعطى للمدعى فى هذا الشأن أهمية غير ضئيلة من نواح مختلفة[1]، فقانون المحكمة المختصة المختارة هو الذى ينظم اجراءات الدعوى (م ٢/٢٨) ، ويحدد أثر خطأ المضرور على مسئولية الناقل بالاعفاء أو التخفيف (م ٢١) ، ويبين قواعد احتساب مدة سقوط الدعوى (م ٢/٢٩) .

ويراعى أن الاتفاقية قد أغفلت النص على اختصاص محكمة كان ينبغى اعتبار اختصاصها رئيسيا فى هذا الشأن هى محكمة محل الضرر . ويبدو أن هذا الاغفال كان متعمدا بالنظر الى أن النقل الجوى الدولى يتم فوق دول كثيرة ، وقد يقع الضرر نتيجة هبوط الطائرة هبوطا اضطراريا فى اقليم دولة منها ليست فيها محاكم قضائية منظمة تعطى ضمانات كافية[2] . غير أن هذه الحجة ليست مقنعة فى تبرير هذا الاغفال ، لأنها قد تتوافر كذلك فى شأن محكمة جهة الفرع أو المنشأة التى تتولى عن الناقل ابرام العقد وهى من المحاكم المختصة فى نظر الاتفاقية[3] .

وعلى أى حال ، فان المحكمة المختصة فى نظر الاتفاقية يجب أن تكون واقعة فى اقليم دولة متعاقدة . وهذا طبيعى حتى يمكن ضمان تقيدها والتزامها بنصوص الاتفاقية .

وقواعد الاختصاص هذه كما تحددها الاتفاقية قواعد آمرة بحيث يعتبر باطلا كل اتفاق على مخالفتها أو تعديلها ما دام سابقا على وقوع الضرر

---

(١) Rabut, op. cit., p. 36

(٢) Van Houtte, op. cit., No. 82. — Lemoine, op. cit., No. 837

(٣) Van Houtte, op. cit., No. 82, p. 130

وليس لاحقا له . واستثناء من ذلك ، يجوز فى شأن نقل البضائع الالتجاء الى شروط التحكيم فى حدود الاتفاقية وبشرط أن يتم التحكيم فى جهات المحاكم المختصة طبقا لها (م ٣٢) ، حتى يضمن التزام المحكمين بأحكام الاتفاقية (١) .

١٧ـ المدعى عليه

تقام الدعوى على الناقل ، وفى حال وفاته تقام على من يخلفه وفى الحدود المقررة فى الاتفاقية (م ٢٧) .

والأصل أن تقام الدعوى على الناقل الحاصل الضرر فى فترة قيامه بالنقل . وتبدو أهمية ذلك فى النقل المتتابع الخاضع للاتفاقية وفقا لما بيناه من قبل ، وان كانت الاتفاقية تخرج فى شأنه على الأصل ، سواء فى نقل الأشخاص أو فى نقل البضائع والأمتعة .

ففى نقل الأشخاص ، اذا كان الأصل فى النقل المتتابع الخاضع للاتفاقية يقضى بالرجوع على كل ناقل على حدة بالمسئولية عما وقع فى فترة قيامه بالنقل من أضرار ، الا أنه استثناء من ذلك تجوز الاتفاقية الرجوع على الناقل الأول ــ حتى ولو كان الضرر واقعا فى فترة ناقل آخر تال ــ اذا كان يعتبر فى مقام المؤمن للمسئولية عن الرحلة برمتها على تعاقب مراحلها . ولذلك تنص م٣٠/٢ على أنه "فى حالة النقل المذكور ، لا يجوز للراكب أو لمن يخلفه الرجوع الا على الناقل الذى يكون قد قام برحلة النقل التى وقع فيها الحادث أو التأخير ، ما لم يكن الناقل الأول ــ بناء على مشارطة صريحة ــ قد أمن على المسئولية بشأن الرحلة كلها " .

وفى النقل المتتابع للبضائع والأمتعة ، اذا كان الأصل هو مسئولية كل ناقل عما يقع من هلاك أو ضياع أو تلف أو تأخير فى فترة نقله وحدها ، الا أن الاتفاقية أرادت أن توجد للمرسل أو المرسل اليه ضمانا أكبر بتعزيز

---

(1) Chauveau, op. cit., No. 374

المسئول أمامه ، فجعلت الناقل الأول مسئولا قبل المرسل بالتضامن مع الناقل الواقع الضرر فى فترة نقله ، وجعلت الناقل الأخير مسئولا قبل المرسل اليه بالتضامن مع الناقل الواقع الضرر فى فترة نقله ، باعتبار أن الناقل الأول هو المتلقى البضاعة والأمتعة فى الأصل من المرسل وأن الناقل الأخير هو الملتزم بتسليمها الى المرسل اليه (م ٣/٣٠) . وتقرير مثل هذا التضامن مفهوم بالنظر خاصة الى صعوبة تحديد وقت وقوع الضرر[1] .

١٨ـ الدفع بعدم القبول

رأت الاتفاقية بسط حماية فعالة على الناقل فى شأن مسئوليته عن التلف أو التأخير فى تسليم البضاعة أو الأمتعة باعطائه دفعا بعدم قبول الدعوى المقامة ضده اذا تخلف المرسل اليه عن اثبات احتجاجه على التلف أو التأخير فى ميعاد معين . اذ تضع الاتفاقية على عاتق المرسل اليه التزاما بتوجيه احتجاج الى الناقل فى حالة التلف بمجرد اكتشافه ، على أن يكون ذلك خلال سبعة أيام على الأكثر من تاريخ الاستلام فى الأمتعة وأربعة عشر يوما فى البضائع ؛ وفى حالة التأخير خلال ٢١ يوما على الأكثر من تاريخ وضع الأمتعة أو البضاعة تحت تصرفه (م ٢/٢٦ معدلة ببروتوكول لاهاى) . ويجب أن يثبت الاحتجاج فى شكل تحفظ على سند النقل أو فى صورة محرر آخر يرسل فى المدة المقررة للاحتجاج (م ٣/٢٦) .

ولكن اذا كان جزاء التخلف عن الاحتجاج فى الميعاد هو عدم قبول الدعوى ، فيجب حرمان الناقل من الافادة من هذا التخلف ومن الدفع بعدم القبول فى حالة الغش من جانبه (م ٤/٢٦) .

ويبدو أن عدم قبول الدعوى انما هو جزاء قاصر على تخلف الاحتجاج حين يكون الاحتجاج واجبا فى مدة معينة بعد التسليم . أما حين يكون الاعتراض واجبا فور التسليم ــ وهو ما يفترض أن يكون التلف ظاهرا ــ

---

(١) فى هذا المعنى :
Van Houtte, op. cit., No. 79, p. 127 .— Chauveau, op. cit., No. 438.

فجزاء عدم ابدائه حينئذ ينحصر فى قيام قرينة قانونية على أن البضائع قد تم تسليمها فى حالة جيدة ووفقا لسند النقل حتى يقوم الدليل على العكس (م ١/٢٦) أى على سبق وقوع الضرر على التسليم ، وهو اثبات عسير على المرسل اليه [١] .

١٩ـ سقوط الدعوى

تنص المادة ١/٢٩ من الاتفاقية على أن " تقام دعوى المسئولية فى بحر سنتين اعتبارا من تاريخ بلوغ الطائرة جهة الوصول ، أو من اليوم الذى كان يتعين وصول الطائرة فيه ، أو من تاريخ وقف النقل ، والا سقط الحق فى رفعها " ، وذلك سواء فى شأن نقل الركاب أو نقل البضائع والأمتعة.

ويعتبر بعض الفقهاء هذه المدة مدة سقوط لا مدة تقادم ، فلا يرد عليها الوقف اذن ولا الانقطاع [٢]. ويستند هذا الرأى الى أن الاصطلاح المستعمل فى النص هو استعمال سقوط (déchéance)، والى أن اعتبار المدة مدة تقادم يناقض غرض الاتفاقية من التوحيد حيث تختلف قوانين الدول المتعاقدة فى شروط وقف التقادم وانقطاعه بينما اعتبارها مدة سقوط يتفادى مثل هذا الاختلاف [٣] .

ولكن الأخذ بهذا الرأى يهدر الفقرة الثانية من المادة ٢٩ التى تحيل على قانون محكمة النزاع لتعيين طريقة احتساب مدة السنتين ، فلا يفهم مثل هذا الحكم الا حيث يتصور ورود الوقف أو الانقطاع على هذه المدة وهو ما يجعل منها مدة تقادم لا مدة سقوط . فضلا عن أن من المستقر فى النقل عموما ـ بريا كان أو بحريا ـ اعتبار المدة المحددة لرفع دعوى المسئولية ـ وهى دائما مدة قصيرة كذلك ـ مدة تقادم لا مدة سقوط ، فلا يفهم اذن انفراد هذه المدة فى النقل الجوى بوصف مخالف [٤] .

---

(١) فى هذا المعنى : Chauveau, op. cit., Nos. 379, 383.

(٢) Lemoine op. cit., Nos. 839, 856 — Rabut, op. cit., p. 36

(٣) Blanc - Dannery, thèse précitée, p. 79. — Van Houtte, op. cit., No. 83, p. 131. — Litvine, op. cit., No. 313.

(٤) Chauveau, op. cit., No. 376

خاتمـــة

٢٠– اذا كانت الاتفاقية قد قامت بعمل محمود من التوحيد فى مجال مسئولية الناقل الجوى ، الا أنه ليس بعد بالتوحيد الكامل ، اذ ما زالت هناك مسائل وتفصيلات لم تعرض لها الاتفاقية أو أحالت فى شأنها على قوانين وطنية مختلفة وخاصة قانون محكمة النزاع ، وهى بذلك تفتح فى نظام المسئولية الموحد الذى تقيمه ثغرات كبيرة ينفذ منها اختلاف النظم الوطنية والتنازع بينها . وحبذا لو استكملت الاتفاقية ما ينقصها من قواعد وقضت على مثل هذه الاحالات الى قوانين وطنية ، لتتم بذلك الهدف الأساسى من ايجاد نظام موحد كامل لمسئولية الناقل الجوى .

وقد استهدفت الاتفاقية ووفقت فى اقامة توازن حقيقى بين المصالح المتعارضة لطرفى عقد النقل . فهى من ناحية قد بسطت حمايتها على الناقل ، اذ اقتصرت على اعتبار التزامه مجرد التزام ببذل عناية فمكنته بذلك من دفع خطئه المفروض باثبات بذله العناية المعقولة العادية ، وحدت من مسئوليته بمبلغ أقصى من التعويض ، ومنحته حق الدفع بعدم قبول الدعوى وبسقوطها ان لم ترفع خلال سنتين . وهى من ناحية ثانية ، قد أسبغت حمايتها على الراكب أو المرسل ، اذ جعلت خطأ الناقل ثابتا بمجرد وقوع الضرر فأعفته بذلك من اثباته ، وقررت بطلان اتفاقات الاعفاء من المسئولية أو النزول بحدها عما تقرره ، وحرمت الناقل لصالحه من الوقوف بمسئوليته عند هذا الحد فى أحوال معينة ، وجوزت كل اتفاق على تشديد مسئولية الناقل أو الزيادة فيما يلتزم به من تعويض فوق هذا الحد .

وقد كان الاعتداد بطبيعة الملاحة الجوية وظروفها هو الموجه للاتفاقية فى شأن ما قررته خاصة من تحديد مضمون التزام الناقل بكونه التزاما ببذل عناية لا بتحقيق نتيجة خلافا للسائد فى أغلب الشرائع الوطنية المختلفة ، مما كان له انعكاس ظاهر على التوسع فى وسائل دفع مسئوليته . واذا كان

فى هذا المسلك مخالفة لطبيعة عقد النقل وما يفرضه جوهره من فرض التزام بالسلامة على الناقل فى شأن نقل الأشخاص ونقل البضائع أو الأمتعة على السواء ، فلا معدى عن تقبل وتبرير هذا المسلك على الأقل فى الظروف الراهنة للملاحة الجوية حيث ما يزال العلم قاصرا عن التمكين من التحكم والسيطرة الكاملة على هذه الظروف .

وقد أحسن بروتوكول لاهاى بالغاء أكثر ما كانت تتضمنه الاتفاقية أصلا من فوارق لا مبرر لها بين المسئولية عن نقل الأشخاص والمسئولية عن نقل البضائع والأمتعة .

وتبقى مراعاة أن اقتصار أحكام الاتفاقية على النقل الجوى الدولى دون النقل الجوى الداخلى يوجد تعددا معيبا فى القواعد المطبقة بحسب اختلاف نوع النقل على هذا النحو ، ولذلك يكون من واجب المشرعين الوطنيين المصدقة أو المنضمة دولهم الى الاتفاقية أن يحققوا التوحيد اللازم فى هذا الشأن عن طريق تقرير نفس أحكام الاتفاقية فى شأن النقل الجوى الداخلى ، وهو ما نطمع من المشرع المصرى أن يقدم على تحقيقه فى القريب .

ويبقى أن نراعى أخيرا التشابه الكبير بين أحكام مسئولية الناقل الجوى فى اتفاقية فارسوفيا وأحكام مسئولية الناقل البحرى فى معاهدة سندات الشحن ، مما يكشف عن تقارب بين ظروف وأخطار الملاحتين الجوية والبحرية ، ويثير مشكلة توحيد قواعد المسئولية فى النظامين .

أثر الغش على الأسبقية فى التسجيل

عند تزاحم المشترين لعقار واحد

محاولة لوضع نظرية عامة فى الغش

للدكتور شمس الدين الوكيل
الأستاذ المساعد بكلية الحقوق بجامعة الاسكندرية

من المعروف أن عقد بيع العقار غير المسجل لا يرتب فى القانون المصرى أى أثر عينى . وذلك لأن التسجيل ضرورى لنقل الملكية سواء فيما بين المتعاقدين أو بالنسبة للغير . وعلى هذا النحو لا ينشىء البيع غير المسجل سوى التزامات شخصية بين البائع والمشترى ، وتظل ملكية العقار للبائع مادام البيع لم يسجل .

وقد يحدث فى العمل أن يبيع المالك العقار ذاته الى أكثر من شخص واحد . فاذا كان المشترى الأول سجل عقده قبل البيع الثانى ، فان البائع فى هذا البيع اللاحق يكون متصرفا فى عقار لا يملكه ، حيث انتقلت الملكية الى المشترى الأول بتسجيل عقده . وحينئذ يخضع التصرف الأخير لأحكام بيع ملك الغير ، وهو يخرج عن نطاق بحثنا .

ولكن الصعوبة تعرض فى حالة تمام البيع الثانى قبل تسجيل البيع الأول أى فى وقت كان العقار فيه مملوكا للبائع . والقاعدة فى هذا الصدد أن العبرة فى المفاضلة بين المشترين ليست بتاريخ انعقاد البيع وانما بتاريخ تسجيله . ومفاد ذلك أنه لو باع المالك عقاره مرتين ، فان التفضيل يكون للمشترى الذى يسبق بتسجيل عقده ، ولو كان قد تعاقد مع البائع فى تاريخ لاحق على عقد المشترى الآخر . وبذلك تكون القاعدة الأصلية فى القانون المصرى أن العبرة عند تزاحم المشترين بالأسبقية فى التسجيل .

ولكن تطبيق هذه القاعدة أثار البحث فى أثر الغش على صلاحية تسجيل عقد البيع لنقل ملكية العقار للمشترى الثانى . وقد اتخذت محكمة النقض موقفا صريحا فى هذا الشأن منذ زمن بعيد ، واستجابت له فى أحدث أحكامها . وهو موقف لا يتفق الفقه على سلامته . ومن هنا رأينا أن نسهم بنصيب فى هذا الخلاف ، ونخلص منه الى الادلاء بالرأى الذى يبدو لنا صائبا .

بل وإن الفصل فى هذه المسألة ، يكشف لنا عن مشكلة اكثر عموما وأهمية لأنها تمس قواعد القانون المدنى فى مواضع متفرقة ، وهى أثر الغش بصفة عامة على سلامة التصرفات القانونية . وقد يكون ذلك توطئة لجهد مقبل نبذله فى رسم نظرية عامة للغش ، وحق القضاء فى أن يطارده ، حتى ولو لم يكن هناك نص فى القانون .

وفيما يلى نبدأ فى قسم أول بعرض تحليلى لاتجاهات الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر بشأن تصرف البائع فى العقار مرة ثانية قبل حصول التسجيل.

ثم نلقى فى قسم ثان بمحاولة لوضع نظرية عامة فى الغش ، نخلص منها الى دعوة القضاء لمطاردة الغش أينما كان كامنا ، تأسيسا على مبدأ يعلو فى سموه على كل قاعدة قانونية ، وهو المبدأ الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر" "Fraus omnia corrumpit"[1]. ونستعين فى هذا الصدد ببيان بعض صور عملية هامة لوجوب محاربة الغش حتى ولو لم يكن هناك نص فى القانون . ونحن اذ نقنع برسم خطوط عامة لتأصيل هذه النظرية ، ونؤكد أهميتها بتطبيقات عملية ، نأمل فى المستقبل القريب أن نتناولها ببحوث مفصلة.

---

(١) هذه الترجمة اختارها المغفور له عبد العزيز باشا فهمى فى كتاب قواعد وآثار فقهية رومانية ، القاهرة ، سنة ١٩٤٧ . وهى ترجمة دقيقة للمبدأ الفرنسى La fraude vicie tout . اذ من الواضح أنها أكثر عموما واتساعا من الاصطلاح المألوف استعماله فى اللغة العربية الذى يقتصر على أن « الغش يفسد كل تصرف » .

— ١ —

أثيرت المسألة فى فرنسا قبل مصر منذ منتصف القرن التاسع عشر على أثر صدور قانون التسجيل سنة ١٨٥٥ . وقد آثرنا امتثالا لهذا السبق التاريخى ، أن نستأنس أولا بموقف القضاء والفقه فى فرنسا . وعندئذ يتيسر لنا أن نعالج تعارض الاتجاهات القضائية والفقهية فى مصر .

(أولا) موقف القضاء والفقه فى فرنسا

من المعروف أن ملكية العقار تنتقل فى القانون الفرنسى بين المتعاقدين بمجرد انعقاد البيع ، أما التسجيل فهو اجراء ضرورى فقط لسريان هذا الأثر فى مواجهة الغير . وبذلك يمكن القول أن عقد البيع غير المسجل ينقل الملكية للمشترى . ولكنها ملكية قاصرة ، لأن الغير الذى يكتسب حقا على العقار يستطيع أن ينكرها ، مادام البيع لم يشهر وفقا للاجراءات التى رسمها القانون [١] .

ومن المعروف أيضا أن النظام الفرنسى للشهر العقارى ، خلافا لبعض النظم الأجنبية الأخرى ، لا يطهر التصرف المسجل من العيوب التى تشوبه . وبذلك يظل التصرف الذى تسرب اليه الفساد قابلا للطعن فيه ، بكافة الدعاوى التى يجيزها القانون ، رغم اجراء التسجيل . اذ أن هدف التسجيل هو مجرد الاعلان عن الحقوق المكتسبة على العقار ، وتمكين الغير من العلم بها . أو كما يقول الأستاذ « بارتان » أن التسجيل فى علاقته بالتصرف ذاته يعتبر بمثابة « اشعاع ضوئى لا يؤثر على كيان الجسم المضىء » [٢] .

---

(١) بلانيول وروبير وبيكار ، الجزء الثالث فقرة ٦٤٠ وما بعدها — بيدان وليروبور بيجونيير ولاجارد ، ج ٨ فقرة ٣٥٠ ، ص ٢٥٥

(٢) أنظر جان فواييه انسكلوبيدى دالوز ، ج ٤ لفظ Transcription immobilière ، ص ٣٩٤ فقرة ٦٤ . وقد جاءت فيه هذه العبارة المنقولة عن الأستاذ بارتان فى رسالته " نظرية أوراق الضد " .

ولعل الحكمة من هذا التصوير واضحة . فالتسجيل فى فرنسا يتم بناء على طلب صاحب المصلحة أمام الموظف الادارى المختص . وهو موظف لا يتمتع باختصاص قضائى يفرض عليه أو يكفل له فحص سلامة التصرفات القانونية وخلوها من الفساد . وانما هو يراقب فقط توافر الشروط والاجراءات الشكلية التى يفرضها القانون .

وقد أعادت فرنسا تنظيم الشهر العقارى فيها بعد مرور قرن على قانون التسجيل الأول . فصدر فى هذا الشأن مرسوم ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، متلافيا العيوب العديدة التى كشف عنها العمل . ولكنه أبقى على نظام الشهر الشخصى ، ولم يغير من الدور الذي يلعبه شهر عقد البيع [١] . فما زال التعاقد ناقلا للملكية العقار بين المتعاقدين . ولكن هذا الأثر لا يحتج به على الغير الا بعد تمام الشهر [٢] .

وبذلك يمكن القول أن واقعة الشهر فى ذاتها ليست مصدرا لحق الملكية بالنسبة للمشترى . وانما تثبت له هذه الملكية بالتعاقد . أما الشهر فيؤدى وظيفة الاعلان عن ثبوت الحق ، وهو اعلان لازم للاحتجاج به على الغير .

على ضوء هذه الملاحظات الأولية يمكن القول أن القاعدة فى القانون الفرنسى هى أن التفضيل عند تزاحم المشترين يتحدد وفقا للأسبقية فى الشهر ، بغض النظر عن الأسبقية فى التعاقد . أى أن المشترى اللاحق يفضل على المشترى السابق اذا بادر قبله باجراء تسجيل عقد البيع .

---

(١) راجع فى هذا الشأن راؤول ميشينيه « النظام الجديد للشهر العقارى وتطبيقه العملى » ، ص ٧٦ فقرة ١٣١ ، وقد نشر هذا الكتاب ضمن مطبوعات encyclopedie nouvelle du notariat — مقال جونو فى « تقدير نظام الشهر الفرنسى الجديد » منشور بمجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥٨ العدد ٢٥ ص ١٤٣٥ — أنظر أيضا جان فوابيه ، المرجع السابق فقرة ٦٥ ، و ٧١

(٢) مما يلفت النظر أن المشرع الفرنسى لم يستخدم فى القانون الجديد لفظ « التسجيل » . وانما استعاض عنه بلفظ « الشهر » . وقد تلقى الفقه الفرنسى هذا التعديل بتحفظ باعتبار أن اصطلاح التسجيل اكتسب على مر الزمن معنى فنيا مستقرا . فى هذا المعنى بيكيه فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥٥ القسم الأول ص ١٢٢٦ فقرة ٥٦

هذه القاعدة لا يصادفها أى استثناء إلا ازاء الغش . والمقصود فى هذا الصدد كما سنبين فيما يلى ، هو التواطؤ الذى يدبره البائع والمشترى الأخير لحرمان المشترى الأول من تملك العقار . هذا الاستثناء لا يسنده نص فى القانون ، ومع ذلك استقر القضاء على الأخذ به ، وعززه الفقه بترحيب اجماعى .

اذ يلاحظ أن نصوص قانون التسجيل الأول ، ومن بعده قانون الشهر الحديث الصادر فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ ، لا تتضمن أية اشارة الى جواز اهدار أثر التسجيل ، بحجة أن التصرف المسجل انعقد مشوبا بالتواطؤ بين البائع والمشترى . ورغم هذا الصمت من جانب المشرع الفرنسى ، فان القضاء لم يتحرج ، معززا بالفقه ، عن اصراره فى وجوب اهدار الآثار القانونية للتسجيل المترتبة على تدبيرات آثمة . وهو يستجيب فى هذا المسلك الى مبدأ يعلو فى سموه على كل قاعدة قانونية . ونعنى به أن الغش يفسد كل أمر ، ويبرر الاستثناء من كل قاعدة [1] .

وكان لمحكمة النقض الفرنسية فضل السبق فى ارساء دعائم هذا المبدأ ، وبالتالى اهدار أثر التسجيل اذا كان العقد المسجل مشوبا بالغش اضرارا بالمشترى الأول . فقضت فى ٨ ديسمبر سنة ١٨٥٨ بأن «الغش يبرر الاستثناء من كافة القواعد» (والقاعدة المقصودة هنا هى أن العبرة عند تزاحم المشترين بالأسبقية فى التسجيل) . وجاء فى حكمها أن الغش يجرد التسجيل من كل أثر اذا كان نتيجة تواطؤ أو تدبير مشوب بالتدليس بين البائع والمتصرف اليه الثانى [2] . ومنذ ذلك التاريخ استقر القضاء الفرنسى على اعتناق هذا المسلك فى مطاردة الغش واهدار أثر التسجيل المشوب به .

---

(١) أنظر فى القسم الثانى تأصيل هذا المبدأ ، وتبرير سموه على كافة القواعد القانونية .

(٢) راجع جان فوابيه ، المرجع السابق ، ص ٤١٠ فقرة ٣٢١ وما بعدها . وقد حشد مجموعة كبيرة من أحكام القضاء الفرنسى القديمة والحديثة التى أجمعت على اقرار هذا المسلك . أنظر أيضا ريبير وبولانجيه وبيكار ، المرجع السابق ، ص ٦٦٤ فقرة ٦٥٠ ، والمجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٥٣ ص ١٨٩ ، وملاحظات سوليس على حكم نقض فرنسى فى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢

ولئن كان القضاء قد أبدى هذا الحرص البالغ فى مطاردة التواطؤ ، فهو من ناحية أخرى لا يعبأ بمجرد علم المشترى الثانى بوجود البيع السابق . أى أنه يمنح الأفضلية للمشترى اللاحق ، تأسيسا على قاعدة أن التزاحم تحكمه الأسبقية فى التسجيل ، حتى لو ثبت أن هذا المشترى كان على علم بسبق التصرف فى العقار . والقضاء فى هذا الشأن يرى أن المتصرف اليه الذى يبادر بالتسجيل لا يرتكب خطأ باستفادته من مزية يمنحها القانون ، بل لعله جدير بها لأنه أكثر حرصا ونشاطا ممن سبقه فى التعامل على العقار [1].

ويتأثر القضاء أيضا بالحكمة من التنظيم القانونى للشهر العقارى ، وهو الذى يستهدف بصفة خاصة الاعتداد بالعلم القانونى ، والتغاضى عن العلم الفعلى بالتصرفات السابقة التى وردت على العقار . ويتعزز هذا القول فى نظر البعض بأن تحقيق هدف الشهر العقارى ، وتيسير التصرفات القانونية العقارية ، يتعارض مع الاسراف فى الاعتداد بقواعد الأخلاق . بل وينبغى على القاضى فى هذه الحالة اهمال القاعدة الخلقية تحقيقا لصالح الائتمان العام [2] .

على أن جانبا من الفقه لم يقر موقف القضاء فى قصر مدلول الغش على التواطؤ فقط . وخلاصة هذا الرأى أن التسجيل لا يستهدف سوى حماية من حسنت نيته . أما سيء النية فهو غير جدير بالحماية . ويرى هذا الفقه أن مجرد علم المتصرف اليه بسبق التصرف فى العقار يكفى لتوافر سوء النية ، وبالتالى لتجريد التسجيل من آثاره . ويستفاد سوء النية من أن هذا الشخص

---

(١) كولان وكابيتان ودى لاموراندير ، ج ١ فقرة ١٢٧٤ — جوسران ، ج ١ فقرة ١٧٢١ — بيدان وليروبور بيجونيير ، ج ٨ فقرة ٣٧٢ — ريبير وبولانجيه ، ج ١ فقرة ٣٢٨٥ — بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٠

(٢) أنظر ريبير فى « القاعدة الخلقية والالتزامات المدنية » ص ٣٢٤ فقرة ١٧٢ — رواست « الأصول العرفية فى قانون الالتزامات » ص ١٢٩ ، مجموعة المحاضرات التى القيت على طلبة الدكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤

قد استحث البائع وعاونه على اتيان فعل غير شريف ، وهو اعادة التصرف فى عقار سبق له أن تصرف فيه (١) .

هذا المذهب المتقدم لم يصادف القبول لدى جمهور الشراح الفرنسيين . فهم يؤيدون قضاء محكمة النقض فى أن اهدار أثر التسجيل لا يكون الا بالنسبة للبيع الذى تم بتواطؤ البائع والمشترى الأخير . وهم يرون أن مجرد العلم بسبق التصرف فى العقار ، وان كان يفصح عن سوء النية ، الا أنه لا يرقى الى مرتبة الغش الذى يفسد البيع اللاحق . وبالتالى فهو لا يجيز حرمان المشترى الأخير من مزية المبادرة بالتسجيل ، ولا يبرر الاخلال بالضابط القانونى الذى يقضى بأن التفضيل عند تزاحم المشترين يكون للسابق فى شهر حقه . والقول بغير ذلك يثير القلق والاضطراب فى استقرار التعامل على العقارات بصفة عامة ، لا سيما وأن المشرع أراد أن يجعل التسجيل هو التعبير القانونى الأصيل للتحقق من علم الغير بسبق التصرف فى العقار . أما العلم الفعلى فلا يجوز للقضاء أن يلتفت اليه اللهم الا اذا اقترن بتدبير آثم ، وهو التواطؤ مع البائع لحرمان المشترى الأول من تملك العقار . وهذا وحده هو الغش الذى يفسد التصرف اللاحق ، وبالتالى يهدر أثر التسجيل (٢) .

ولئن كان القضاء والفقه الراجح فى فرنسا يتغاضى عن مجرد العلم ويشترط التواطؤ على النحو المتقدم ، فان دقة التميز بينهما تفضى فى العمل الى تقارب وجهات النظر المتعارضة (٣) ، لا سيما وأن توافر التدبير الآثم أى تحقق التواطؤ يدخل فى نطاق المسائل الموضوعية التى يستخلصها قاضى

---

(١) سافاتييه دالloز ، سنة ١٩٢٦ تعليق قضائى على حكم نقض مدنى فى ٧ ديسمبر ١٩٢٥ ص ١٨٥ . وقد اطلعنا على هذا الرأى فى محاضرات الأستاذ زواست التى سبقت الاشارة اليها . أنظر أيضا جان فوابيه ، المرجع السابق ، ص ٣٢٤

(٢) أنظر جوزيه فيدال « النظرية العامة للغش فى القانون الفرنسى » ، رسالة الى كلية حقوق تولوز نشرها داللوز سنة ١٩٥٧ ص ٢٨٧

(٣) ريبير ، القاعدة الخلقية ، فقرة ١٧١ - فيدال ، المرجع السابق ، ص ١٤٢

الموضوع من الوقائع والظروف بسلطان مطلق ، دون معقب عليه من محكمة النقض [١] .

ويعتبر علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار من القرائن القضائية القوية التى يتعزز بها اقتناع القاضى للاستدلال على توافر الغش . أو كما يقول ريبير أن المحاكم كثيرا ما تبرر نفى الغش بأن المشترى لم يكن عالما بالتصرف السابق .

ولما كانت القرائن القضائية تستعصى بطبيعتها على الحصر ، فإننا نجد فى هذا الصدد تطبيقات عديدة لتوافر الغش أى التواطؤ . ونذكر من بينها الاسراع المريب فى تسجيل البيع الثانى ، والتهالك على البائع والالحاح فى اغرائه بعروض سخية . بل ويقنع القضاء أحيانا بمجرد تخلف مصلحة المشترى الثانى فى كسب الملكية [٢] . كما قضت محكمة النقض أيضا فى حكم حديث بأن الغش يتوافر ، اذا كان المشترى الأول حائزا للعقار ، (وهذا يكفى لتحقق علم المشترى الثانى) ، وانعقد البيع الأخير بثمن يزيد على الأول ، بعد أن أخفق البائع فى دعوى قضائية برفع الثمن فى مواجهة المشترى الأول [٣] .

وليس من اليسير فى الواقع وضع حد مميز يفصل بين مجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار ، والتواطؤ المدبر الذى يفضى الى اهدار أثر التسجيل . وذلك أن مجرد العلم يقترن فى الغالب من الأمر بمسلك لا تقره

---

(١) أنظر بيدان وليروبور بيجونيير ، ج ٨ فقرة ٣٧٢ . راجع أيضا نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، جازيت دى باليه ، سنة ١٩٥٢ عدد نوفمبر وديسمبر رقم ١١ ، ١٢ ص ٤٤١ . وقد جاء فى حيثيات الحكم صراحة ما يأتى :

"en deduisant des circonstances souverainement apperciées L'existence d'un concert fraud leux le tribunal n'a violé aucun des textes visés au pourvoi ."

(٢) جان فوابيه ، المرجع السابق ، فقرة ٣٢٥

(٣) نقض فرنسى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، الحكم المشار اليه فيما تقدم .

الأخلاق من جانب المشترى الثانى . فهو اذ يعلم بسبق التصرف فى العقار انما يعاون البائع على الاخلال بتنفيذ التزامه عينا فى مواجهة المشترى الأول . وقد يعمد فى سبيل حمل البائع على اتمام البيع الى وسائل متعددة ، كالاغراء بعروض سخية ، أو التهالك عليه للمبادرة باجراء التسجيل قبل أن يتمكن المشترى الأول من اجرائه .

وقد أرادت محكمة النقض الفرنسية أن تضع ضابطا للتمييز بين العلم المجرد والتواطؤ . فاستقرت على أن البيع يتسرب اليه الفساد ، وبالتالى لا يعتد بتسجيله ، اذا جاء نتيجة لتدبيرات مشوبة بالتدليس تستهدف حرمان المشترى الأول من الملكية . على أنها من ناحية أخرى تترك لقاضى الموضوع سلطانا مطلقا فى استخلاص الغش من الظروف والوقائع . وتجيز له أن يستأنس بواقعة علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار ، كقرينة قضائية قوية ومنتجة فى توافر التواطؤ . هذه القرينة يتعزز بها اقتناع القاضى اذا اقترنت بامارات ووقائع تكشف عن نية المشترى الثانى فى أن يكون شريكا مع البائع فى الغش [1] .

ويلاحظ فى هذا الصدد أن القضاء الفرنسى ، اذ يقتضى اشتراك المشترى الثانى فى الغش ، لا يذهب الى حد القول بوجوب أن يكون الباعث الدافع على التعاقد هو الاضرار بالمشترى الأول . وقد حاول جانب من الفقه أن يسند فكرة الغش الى فكرة سبب العقد ، وبذلك يتوصل الى بطلان عقد البيع الثانى باعتبار أن الباعث الدافع اليه كان مخالفا للنظام العام أو الآداب [2] . ولكن هذه المحاولة لم تصادف القبول لدى جمهور الشراح .

أخذ أولا على هذه المحاولة أن اقبال المشترى الثانى على التعاقد لا يكون الدافع اليه هو الاضرار بالمشترى الأول بقدر ما تتمثل فيه الرغبة فى تحقيق

---

(١) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٧

(٢) ديبواه فى رسالته عن « القضاء الفرنسى وفكرة الغش نحو القانون » باريس سنة ١٩٢٧ وقد اطلعنا على هذا الاتجاه فى رسالة فيدال سابقة الذكر .

منفعة ولو على حساب شخص آخر (١) . وبذلك لا يستقيم القول بأن الدافع الى التعاقد هو الاضرار بالمشترى الأول . ولكن الصحيح هو أن المشترى الثانى قد أتى أفعالا من شأنها تمكين البائع من الاخلال بتنفيذه التزامه عينا فى مواجهة من تعاقد معه أولا .

وفضلا عن ذلك فان الاستناد الى نظرية سبب العقد يفضى الى نتائج تجاوز الهدف من مطاردة الغش . فالقول بعدم مشروعية السبب فى العقد الثانى ، يقتضى التسليم ببطلانه بطلانا مطلقا . ويجيز للقاضى ولكل ذى مصلحة أن يتمسك بهذا الجزاء . مع أن الأصل هو تحديد هذا الجزاء فى نطاق عدم نفاذ التصرف لصالح من أضير من آثار الغش .

وقيل أخيرا أن عدم مشروعية السبب ظاهرة نفسية تكمن فى العقد فتبطله بصرف النظر عن النتائج التى تترتب عليها . أما الغش فهو يجاوز هذا الاطار النفسانى ويفترض تحقيق نتيجة مخالفة للقانون . وهى تتمثل فى الصورة التى نعرض لها بأن التواطؤ يؤدى الى تمكين البائع من عدم تنفيذ التزامه عينا فى مواجهة المشترى الأول وحرمان هذا الأخير من تملك العقار (٢) .

نخلص اذن من كل ما تقدم أن القضاء الفرنسى ، مؤيدا بالفقه ، لا يهدر أثر تسجيل البيع الثانى الا اذا ثبت اشتراك المتعاقدين فى الغش . أى أن الغش الفردى من جانب البائع ، أو حتى مجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار لا يكفى لفساد البيع وتجريد التسجيل من أثره الناقل للملكية (٣) . ولكنه من ناحية أخرى لا يشترط أن تكون نية الغش هى الباعث الدافع على التعاقد .

---

(١) جمال زكى « حسن النية فى كسب الحقوق » رسالة الى كلية حقوق باريس فقرة ٧٩

(٢) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٣٣ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى ٢٨ أكتوبر سنة ١٩٥٢ ، حكم سبقت الاشارة اليه منشور فى جازيت دى باليه سنة ١٩٥٢ عدد نوفبر وديسمبر ، ص ٤٤١

ورغم أن القضاء حرص على عدم الاكتفاء بمجرد العلم بسبق التصرف فى العقار ، فاننا لا نتحرج من القول بأن واقعة العلم كانت دائما قرينة قوية يستأنس بها لاستخلاص الغش وتوافره . ولو نظرنا للأمر من وجهة عملية لتحقق لنا ندرة الصور التى يكون فيها المشترى الثانى بريئا من مسلك يشينه اذا كان عالما بسبق التصرف فى العقار . على هذا النحو اقتربت محكمة النقض الفرنسية من نظرية العلم حينما قضت باهدار أثر التسجيل لمجرد أن المشترى الأول كان حائزا للعقار (وهذا وحده يفيد علم المشترى الثانى بسبق التصرف) وانعقاد البيع الثانى بثمن أعلا من البيع الأول بعد أن أخفق البائع فى دعوى قضائية برفع الثمن .

تأصيل موقف القضاء الفرنسى وأثره على تصرف المشترى الثانى فى العقار :

لم يأنس القضاء الفرنسى فى تأصيل أحكامه لأية قاعدة من القواعد المنصوص عليها فى القانون . وانما استند الى مبدأ عام ، هو أن الغش يفسد كل أمر ، fraus omnia corrumpit . والقضاء الفرنسى فى اعتزازه بهذا المبدأ ، أطلق نطاق تطبيقه فى مواضع متفرقة . وسنعنى بتفصيل هذا المبدأ فى القسم الثانى الذى نخصصه للنظرية العامة فى الغش .

على أنه يعنينا الآن أن نشير الى نتيجة هامة رتبها القضاء الفرنسى على تأصيل أحكامه استنادا الى المبدأ العام فى فساد التصرفات القانونية المشوبة بالغش .

فهو يرى أن البيع الثانى المشوب بالغش هو تصرف آثم . وبذلك ينبغى اعدام كافة الآثار المترتبة عليه . وأخص هذه الآثار أن المشترى الثانى لا يتملك العقار . وعلى هذا النحو فاذا تصرف فيه لشخص آخر قام بدوره بالتسجيل ، فان هذا التصرف الأخير المسجل لا يحتج به على المشترى الأول ، حتى ولو كان المتصرف اليه حسن النية . وذلك أن القضاء يرى أن المشترى الثانى لم تثبت له الملكية قط ، وهو بهذه المثابة لا يستطيع أن ينقل لغيره ما لا يملك .

استقر هذا الاتجاه القضائى فى حكم شهير للدائرة المدنية لمحكمة النقض فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ (١) . وهو ينتزع شهرته من تفرق كلمة الفقه على سلامته ، وتعارض التعليقات التى نشرت بمناسبته . وفى هذا الشأن نستطيع أن نلمس اتجاهين : الاتجاه الأول يحصر الغش فى دائرة المسئولية التقصيرية ، والاتجاه الثانى يقصره على نطاق الدعوى البوليسية . ويشترك الاتجاهان فى الوصول الى نتيجة مشتركة ، وهى عدم جواز المساس بحق المتصرف اليه حسن النية الذى اكتسب ملكية العقار من المشترى الثانى .

محاولة حصر الغش فى دائرة المسئولية التقصيرية :

ذهب جانب من الفقه الى أن دعوى الغش التى يزود بها المشترى الأول يجب أن تستند الى القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية (٢) . وعلى هذا النحو يكون سبب الدعوى هو خطأ المشترى الثانى والذى يستفاد من التواطؤ . ويصبح موضوعها هو التعويض عن الضرر الذى أصاب المشترى الأول من التسجيل المشوب بالغش . ويظهر اذن أن أنسب الطرق لاصلاح الضرر هو عدم الاحتجاج بهذا التسجيل عليه . وبذلك لا يكون بطلان التسجيل لعيب أصيل يكمن فيه ، وانما مجرد طريق مناسب لتعويض الضرر الذى أصاب المشترى الأول . ولما كان التعويض عن الضرر لا يلزم الا من ارتكب الخطأ ، فان المتصرف اليه الأخير ، وهو حسن النية ، لا ينبغى أن يسأل عن جريمة مدنية لم يكن شريكا فيها .

هذا التصوير المتقدم يفترض أن المشترى الثانى ارتكب جريمة مدنية بتواطئه مع البائع ، وأن بطلان التسجيل هو مجرد اختيار طريق مناسب لاصلاح الضرر الذى أصاب المشترى . وبذلك تنتزع فكرة الغش وجودها من القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية التى وردت فى م ١٣٨٢ .

---

(١) داللوز ، سنة ١٩٤٩ العدد ٢٣ قسم القضاء ص ٢٧٧ ، مع تعليق روجيه اينوان .

(٢) تعليق هاميل على حكم استئناف باريس فى ١١ مايو سنة ١٩٤٥ ، داللوز ، سنة ١٩٤٧ ص ٦٣ . أنظر أيضا ريبير وبولانجيه ، ج ١ الطبعة الرابعة فقرة ٣٢٨٥ – كولان وكابيتان ودى لامورانديير ، الطبعة العاشرة فقرة ١١٩٢ ، أوبرى ورو ، ج ٢ فقرة ٢٠٩

وواضح أن هذا الفقه لا يسلم باستقلال الغش كعيب أصيل يفسد التصرف القانونى اذا أصابه . وانما يدمج الغش فى الخطأ ، ويطبق القاعدة العامة فى المسئولية التقصيرية .

والواقع أن الالتجاء الى فكرة الخطأ ، وحصر الغش فى نطاق الجريمة المدنية ، مبعثه الحرج من الخروج عن دائرة النصوص التشريعية ، وهدفه الحرص على استخدام الأصول القانونية التقليدية فى ابتداع حلول لا سند لها من التشريع . وهو بهذه المثابة يمثل ثورة هادئة على اطلاق قاعدة التفضيل بين المشترين بالأسبقية فى الشهر . اذ أنه لا يجيز التطاول على هذه القاعدة الا بالتستر وراء قاعدة أخرى ، هى الزام مرتكب الخطأ بالتعويض عن الضرر الذى تسبب فيه ، تطبيقا لنص المادة ١٣٨٢ من التقنين الفرنسى .

على أن حصر فكرة الغش فى إطار الجريمة المدنية لا يتجاوب مع اتجاه القضاء ، ولا تستقيم معه الحلول التى أخذ بها والنتائج التى وصل اليها . ويظهر ذلك من نواح متعددة على النحو الآتى :

١ — فيلاحظ أولا أن التطبيق المطلق لقواعد المسئولية التقصيرية ، يقتضى الاكتفاء بمجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف فى العقار . اذ أن هذا العلم يكشف وحده عن سوء نيته ، وبالتالى يكفى لنسبة الخطأ اليه ، والزامه بتعويض المشترى الأول .

وقد سبق البيان أن القضاء الفرنسى لا يقنع بهذا العلم . بل على النقيض من ذلك يعتبر مبادرة المشترى الثانى بالتسجيل ، مجرد استفادة مشروعة من مزية تقرها أحكام الشهر . ولكن الاثم يتوافر ، ويصبح المشترى الثانى مذنبا ، اذا كان متواطئا مع البائع . هنا فقط يتحقق الغش فى تقدير القضاء . ويتحرك الجزاء المدنى لمحاسبته ، لا على أساس الخطأ كما تشير به قواعد المسئولية التقصيرية ، وانما لأنه مذنب شارك البائع فى الخديعة والتدليس على المشترى الأول . وعندئذ يتسرب الفساد المطلق الى التصرف القانونى (وهو البيع الثانى) فتنعدم آثاره . وبذلك يصبح غير قابل لنقل

الملكية بالتسجيل . وهنا لا تستقيم نظرية الفقه السابقة فى التستر وراء أحكام الجريمة المدنية . ولا يكون هناك مناص من الالتجاء الى مبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، وهو ما يسير عليه القضاء فى تأصيل كافة أحكامه .

٢ ــ وبذلك يتابع القضاء منطقه ، فلا يجعل الجزاء هو مجرد تعويض يلتزم به من ارتكب الخطأ . وانما بجرد التصرف القانونى من كافة آثاره ، ولو ترتب على ذلك المساس بحقوق شخص من الغير حسنى النية . وعلى هذا النحو فهو لا يتحرج من عدم الاعتراف بتصرف المشترى الثانى فى العقار لشخص حسن النية . ويجيز للمشترى الأول أن يتمسك بحقه على العقار حتى فى مواجهة المتصرف اليه الأخير . ولعل هذا وحده ينطق بأن القضاء لا يلوذ بقواعد المسئولية التقصيرية لتأصيل أحكامه . وانما يكفل تطبيقا مطلقا ومستقلا لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر [١] .

ولو تعلق الأمر بمجرد تطبيق القواعد العامة فى المسئولية التقصيرية ، لوجب القول فورا بأن المتصرف اليه ، وهو شخص غير مذنب ، لا ينبغى أن يتأثر حقه بالغش المنسوب الى سلفه . بل ويقتصر حق المشترى الأول على مساءلة البائع والمشترى الثانى ، لأن جزاء المسئولية شخصى لا يلحق الا المخطىء فقط .

ولكن القضاء الفرنسى لم يأنس لقواعد المسئولية التقصيرية ولم يستسلم لنتائجها . وانما ارتفع بالغش فوضعه فى اطار مبدأ عام . وبذلك صاغ أحكامه على أن الغش يعطل أثر التسجيل بصفة مطلقة ، ويهدر قاعدة التفضيل على أساس الأسبقية فى الشهر فى مواجهة الكافة .

وهو يعزز مسلكه بأن القول بغير ما تقدم يفضى الى تمكين المشترى الثانى من وسيلة طيعة يفلت بها من جزاء الغش . اذ يكفى فى هذا الصدد أن يبادر بالتصرف فى العقار الى شخص حسن النية [٢] .

---

(١) راجع تعليق لينوان السابق الاشارة اليه – رواست « الأصول العرفية فى الالتزامات » محاضرات فى قسم الدكتوراه بكلية حقوق باريس سنة ١٩٥٤ ص ١٣٠

(٢) بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٠ ص ٦٦ . أنظر أيضا نقض فرنسى فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ ، وتعليق لينوان الذى سبقت الاشارة اليه .

ولعل مما يلفت النظر فى هذا القضاء أنه لا يرضى بمجرد تمكين المشترى الأول من حق الرجوع بالتعويض على كل من البائع والمشترى الثانى الذى تواطأ معه . وانما يحرص على وضع مبدأ عام هو أن الغش يفسد كل أمر . أى أنه ينكر البيع الثانى انكارا تاما . وبذلك لا يسلم بانتقال الملكية للمتصرف اليه الأخير ، لأنه تعامل مع بائع لم تثبت له الملكية أصلا .

وقد جزع بعض الشراح من هذا الاسراف الذى وقع فيه القضاء . وذلك لأن التسليم بالاتجاه المتقدم يزعزع الثقة بالعلم الذى يستقيه الغير من سجلات الشهر العقارى[1] .

ويؤيد جانب آخر من الشراح مذهب القضاء ، ويسلم بوجوب متابعته . وذلك أن التسجيل والتأشير بشأن التصرفات العقارية لا يخضع فى فرنسا لرقابة قضائية قبل اجرائه . وهو لا يقيم قرينة على وجود الحق المسجل وسلامة التصرف القانونى الذى أنشأه أو نقله . وعندئذ يجب على الغير أن يلتزم الحيطة والحذر ، ويتحقق من الظروف التى اقترنت بالسند الذى اكتسب به السلف الملكية . ولئن كان هذا القول يشير الى عيوب ومخاطر نظام الشهر الفرنسى ، فهو واجب الاتباع ما دام هذا النظام قائما لم تتعدل أسسه الجوهرية[2] .

ويلاحظ أن قانون الشهر الذى صدر فى فرنسا فى ٤ يناير سنة ١٩٥٥ لم يأت بجديد فى هذا الصدد[3] . فالتنظيم الجديد جاء على غرار القديم . وعلى هذا النحو لا زال الشهر يؤدى وظيفة الاعلان عن نشأة الحق العينى

---

(١) ريبير وبولانجيه ، الجزء الأول فقرة ٣٢٨٥ – هاميل ، التعليق الذى سبقت الاشارة اليه .

(٢) أنظر تعليق بيكيه على حكم النقض الفرنسى فى ١٠ مايو سنة ١٩٤٩ ، منشور بمجلة الأسبوع القانونى ص ٤٩٧٢ – تعليق لينوان السابق – هنرى دى باج ، الجزء السابع المجلد الثانى ، ص ٩٣٩

(٣) أنظر مقال جونو فى « تقدير نظام الشهر الفرنسى الجديد فى ترتيب الحقوق العينية على العقار » منشور فى مجلة الأسبوع القانونى سنة ١٩٥٨ ، العدد ٢٥ ص ١٤٣٥ فقرة ٣٥

أو انتقاله . ولكنه لا يطهر التصرف القانونى الذى تم شهره من العيوب التى تشوبه . وبذلك يمكن القول بأن الشهر لا يكسب الملكية للمشترى . اذا لم يكن البائع مالكا ، كما هو الحال فى الصورة التى نعالجها بالنسبة للمشترى الثانى والمتصرف اليه حسن النية .

محاولة قصر الغش على نطاق الدعوى البوليصية :

دعا الى هذه المحاولة نفر قليل من الشراح الفرنسيين [1] منذ زمن بعيد . وهى محاولة تتستر أيضا لمطاردة الغش وراء قاعدة قانونية نص عليها المشرع . وبذلك تتميز ، كما سبق البيان بشأن المحاولة الأولى ، بأنها لا تتطاول على قاعدة التفضيل بين المشترين بالأسبقية فى التسجيل ، إلا فى الحدود التى تجيزها قاعدة أخرى . على هذا النحو حاول هؤلاء الشراح أن يخضعوا الغش فى الصورة التى نعرض لها لأحكام الدعوى البوليصية . ولم يكن أمامهم مناص ، ازاء عصيان هذه الأحكام عن تحقيق الهدف المنشود ، من التسليم بخصوص الدعوى البوليصية فى هذا المجال ، وانفرادها بشروط تتميز عن شروط الدعوى البوليصية بصفة عامة . ولعل فى هذا الخصوص وحده ما ينطق بموطن القصور فى هذا الاتجاه الفقهى .

وخلاصة القول فى هذه المحاولة تتركز فى تخصيص معنى الاعسار الذى يلحق المدين ، ويستطيع الدائن بموجبه أن يهاجم تصرفاته . والأصل فى الدعوى البوليصية أن يكون الاعسار مخلا بالضمان العام ، أى أن يترتب على تصرف المدين زيادة ديونه على حقوقه .

ولكن هذا الاتجاه الفقهى يشير الى امكان توافر اعسار خاص فى علاقة المدين بدائن معين بالذات وبشأن عين محددة بالذات . فاذا فرض أن حق

---

(1) روج لهذه المحاولة بصفة خاصة ، جروبيه فى رسالته عن « الدعوى البوليصية فى القانون المدنى الفرنسى المعاصر » سنة ١٩١٣ . وقد اطلعنا على وجهة نظره بالتفصيل فى رسالة فيدال السابق الاشارة اليها « النظرية العامة فى الغش » ص ٢٢٨ وما بعدها . أنظر أيضا بلانيول وريبير ورودوان ، ج ٧ فقرة ٩٣٧ . — انسكلوبيدى داللوز ، ج ١ لفظ action paulienne فقرة ١٥ ، ١٧

الدائن يتركز فى عين مملوكة للمدين ، ثم باع المدين العين ذاتها لشخص قام باجراءات الشهر ، ففى مثل هذه الحالة يمكن القول أن المدين (وهو البائع) فى حالة اعسار خاص فى مواجهة الدائن (وهو المشترى الأول) ، ما دام الدائن لا يستطيع الحصول على العين ذاتها وهى التى تركز حقه فيها . وعلى هذا النحو يجوز له الطعن بالدعوى البوليصية حتى ولو كان عند المدين أموال كافية تكفى لأداء التعويض .

تطبيقا لما تقدم يمكن القول فى الصورة التى نعالجها أن المشترى الأول يستطيع الطعن بالدعوى البوليصية بشأن تصرف البائع فى العقار مرة ثانية ، وذلك على أساس أن حقه تركز فى العقار ، وأن تصرف البائع فيه وتسجيل البيع ، قد جعله معسرا اعسارا خاصا فى مواجهة المشترى الأول .

تعرضت هذه المحاولة لنقد جمهور الشراح ، وذلك باعتبار أن الاستناد الى الدعوى البوليصية يخرج بها عن نطاق تطبيقها ، ويبتدع فيها شرطا ليس من طبيعتها . فقد شرعت هذه الدعوى لصيانة الضمان العام من عبث المدين . ومن ثم فلا يجوز القول باستخدامها الا حيث يصيب المدين اعسار عام تزيد فيه ديونه عن حقوقه . أما تخصيص معنى الاعسار وتركيزه فى عجز المدين عن الوفاء بالتزام تعلق بعين معينة بالذات ، فهو ابتداع لا يجوز التسليم به ، وخلط بين مختلف الوسائل القانونية التى يجوز استخدامها لمطاردة الغش [1] .

وحينئذ ينبغى أن يرتد جزاء الغش فى الصورة التى نعرض لها الى موضعه الطبيعى ، وهو تأسيسه على المبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر [2] .

---

(١) ليون وهنرى مازو ، المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٢ ص ٢٦ . — ديموج فى الالتزامات ، ج ٧ فقرة ١١٢٥

(٢) أنظر فى هذا المعنى ، بلانيول وريبير وردوان ، فقرة ٩٣٨ . — سيناى « الدعوى البوليصية والمسئولية التقصيرية على ضوء القضاء الحديث » المجلة الفصلية للقانون المدنى سنة ١٩٤٨ ، ص ١٨٣ وما بعدها .

وفضلا عن هذا كله فإن اسناد الغش الى فكرة الدعوى البوليصية لا يتجاوب مع الحلول التى أخذ بها الفقهاء . ويبدو ذلك من ناحيتين :

١ – فيلاحظ أولا أن الغش فى الدعوى البوليصية اذا كان التصرف معاوضة ، يتحقق بمجرد علم المتصرف اليه بأن المدين الذى يتعامل معه فى حالة اعسار أو أن تصرفه سيفضى الى اعساره .

أما الغش الذى يتطلبه القضاء بشأن اعادة التصرف فى العقار فلا يتوافر بمجرد العلم . وانما يشترط فيه التواطؤ ، أى الاتفاق المدبر لحرمان المشترى الأول من ملكية العقار .

٢ – ويراعى ثانيا أن أحكام الدعوى البوليصية تحمى حسن النية من مداهمة الدائن له . وعلى هذا النحو لو أطلقنا تطبيق هذه الأحكام ، لوجب القول بأن تصرف المشترى الثانى فى العقار لشخص حسن النية يحرم الدائن من مباشرة حقه على العقار تحت يد خلف الخلف حسن النية . وقد سبق البيان أن القضاء يسلم بالنتيجة العكسية فيكفل للمشترى الأول الدفاع عن حقه فى مواجهة الكافة ، ما دام البيع الثانى قد تم بطريق التواطؤ . ولا يجيز للمتصرف اليه الأخير أن يعتصم بحسن النية ، لأنه قد تلقى ملكية العقار من غير مالك . ومضت الاشارة أيضا الى أن القضاء يرتب هذه النتيجة على أساس المبدأ العام الذى يقضى بأن الغش يفسد كل أمر[١] .

يبين من كل ما تقدم أن القضاء الفرنسى يؤيده الفقه الراجح لا يقبل الالتجاء الى قواعد المسئولية التقصيرية ، ولا يرضى الاستعانة بقواعد الدعوى البوليصية ، لافساد بيع العقار مرة ثانية بطريق التواطؤ . وانما يستقل بهذا الجزاء ، ويسنده الى المبدأ العام فى الغش . ومن هنا جاوزت النتائج التى يسلم بها دائرة المسئولية التقصيرية ونطاق الدعوى البوليصية . وعلى هذا النحو استقر على تجريد البيع الثانى وتسجيله من كل أثر . وبالتالى

---

(١) جوزيه فيدال ، المرجع السابق ، ص ٢٨٨

أجاز للمشترى الأول أن يستخدم دعوى الغش حتى فى مواجهة المتصرف اليه حسن النية الذى تلقى ملكية العقار من المشترى الثانى .

(ثانيا) موقف القضاء والفقه فى مصر

من المبادىء المسلمة فى القانون المصرى أن ملكية العقار لا تنتقل بالتسجيل وحده وانما تنتقل بالعقد المسجل . فنظام الشهر الذى اتبعه المشرع هو نظام الشهر الشخصى . ويترتب على ذلك أنه يتعين لانتقال الملكية الى المشترى بالتسجيل أن يكون عقد البيع صحيحا صادرا من مالك . فالتسجيل لا يصحح العقد الباطل بطلانا مطلقا ، ولا يمنع من اثبات صورية التعاقد ، ولا يحرم صاحب الحق من المطالبة بابطال العقد ان كان قابلا للابطال . وفى هذه الحالات كلها يزول أثر التسجيل بانهيار التعاقد . وقد عبرت محكمة النقض عن هذا المبدأ بقولها بأن « الملكية لا تنتقل بالتسجيل وحده وانما هى تنتقل بأمرين ، أحدهما أصلى وأساسى وهو العقد الصحيح الناقل للملكية ، وثانيهما تبعى وهو التسجيل »[1] . ويمكن القول فى عبارة مجملة بأن التسجيل فى التشريع المصرى لا يطهر العقد من العيوب التى تشوبه ولا يجعله منزها عن الطعن فى سلامته أو نفاذه بأى وجه من الأوجه التى يقرها القانون .

ولئن كان التسجيل لا يستقل بمفرده بنقل الملكية ، فانه مع ذلك يتميز عن التسجيل فى القانون الفرنسى فى لزومه لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . هنا اقترب التشريع المصرى من التشريع الألمانى الذى يأخذ بنظام السجلات العينية . ولكن التقارب يقف عند هذا الحد دون أن يجاوزه . فالقانون الألمانى ، خلافا لما هو عليه الحال فى مصر ، يفصل فصلا تاما بين التعاقد الذى اتفق فيه على بيع العقار لقاء ثمن معين ، وبين عمل قانونى لاحق يتفق فيه الطرفان على اجراء انتقال الملكية وقيده فى السجل العينى المعد لذلك . والمعروف أن السبب الناقل للملكية هو واقعة

---

(١) نقض مدنى ٣ يونيه سنة ١٩٤٣ ، مجموعة عمر ، ج ٤ رقم ٦٨

القيد فى هذا السجل . وبذلك يترتب على اجرائه امتناع الطعن بأى وجه فى صحة البيع أو نفاذه . ولذا عهد الى القضاء فى المانيا باختصاص فحص سندات الملكية والتحقق من صحتها ، قبل اجراء القيد بناء على اتفاق الطرفين . وللقاضى أن يرفض القيد اذا اكتشف أى عيب يشوب التعاقد فى صحته أو نفاذه . هكذا يستقيم النظام الألمانى الذى يأخذ بعين الاعتبار الآثار البعيدة المدى المترتبة على واقعة القيد فى السجل العينى ، ومن ثم يضع الضمانات الكافية التى تكفل تعبيرها عن الحقيقة [1] .

أما فى مصر فالتسجيل يتم بناء على طلب المشترى أمام موظف ادارى . وهو بهذه المثابة لا يختص بفحص السندات المقدمة للشهر للتحقق من سلامتها أو نفاذها . وانما يقوم بمجرد عمل مادى ، هو اجراء الشهر فى الحدود الشكلية والادارية التى يرسمها القانون ولائحته التنفيذية . ومن هذه الناحية نلمس التشابه بين أحكام الشهر العقارى فى فرنسا ومصر .

على ضوء ما تقدم لم يكن هناك مفر من أن تعرض أمام القضاء والفقه المصرى مشكلة الغش ، وأثره على الإخلال بقاعدة أن العبرة عند تزاحم المشترين بالأسبقية فى التسجيل .

المشكلة فى ظل التقنين المدنى القديم :

كانت المادة ٢٧٠ من المجموعة المدنية القديمة تنص على أن « لا تنتقل ملكية العقار بالنسبة لغير المتعاقدين من ذوى الفائدة فيه إلا بتسجيل عقد البيع كما سيذكر بعد متى كانت حقوقهم مبنية على سبب صحيح محفوظة قانونا وكانوا لا يعلمون ما يضر بها » . والترجمة الصحيحة للعبارة الأخيرة فى النص الفرنسى هى « وكانوا حسنى النية » . ومفاد هذا الشرط أن المشترى الثانى لا يفضل على الأول لمجرد السبق فى التسجيل الا اذا كان حسن النية .

---

(١) أنظر فى المقارنة بين نظام الشهر المصرى والألمانى ، عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٢٠٦ ص ٣١٠ وما بعدها .

وهنا تفرقت كلمة الفقه والقضاء فى تحديد المقصود بحسن النية . ويمكننا أن نلمس اتجاهين رئيسين فى هذا الصدد(٢) .

الاتجاه الأول يعتبر المشترى سيء النية لمجرد علمه بسبق التصرف فى العقار . ويعتمد أصحابه على أن عبارة النص العربى تفيد الاكتفاء بمجرد العلم وذلك بقولها «وكانوا لا يعلمون ما يضر بها» ، وأن المشترى الذى يتعامل على عقار سبق للبائع التصرف فيه يرتكب جريمة مدنية ولا يمكن اعتباره حسن النية . كما أن علم المشترى ينفى عن عقده صفة السبب الصحيح ، باعتبار أنه كان عالما بانتقال الملكية للمشترى الأول (والملكية كانت تنتقل بمجرد التعاقد) . فهو لا يجهل اذن أن البائع كان يبيعه ملك غيره . وأخيرا استأنس أصحاب هذا الرأى بأن الاتجاه السائد فى بلجيكا هو الاكتفاء بمجرد العلم مع أن القانون البلجيكى يقتصر على اشتراط عدم الغش ولم يستلزم ، كما فعل المشرع المصرى ، توافر حسن النية . ولا يجوز عند هذا الفقه الرجوع الى القضاء الفرنسى ، لأن القضاء الفرنسى لم يشترط اطلاقا حسن النية فى المشترى الثانى ، وانما اكتفى فقط لتفضيله بأسبقيته فى التسجيل .

أما الاتجاه الثانى فلا يقنع بمجرد العلم لنفى حسن النية عن المشترى الثانى، وانما يشترط لاعتباره سيء النية أن يكون متواطئا مع البائع للاضرار بالمشترى الأول .

وخلاصة الحجج التى تدعم هذا الاتجاه هى أولا الاستئناس بالرأى الراجح فى فرنسا الذى يشترط التواطؤ . كما أن المشرع اعتبر التسجيل مناط

---

(١) هناك اتجاه ثالث غير جدير بالاهتمام رأى أن المقصود بحسن النية هو أن يكون سند المشترى الثانى تعاقدا حقيقيا وليس صوريا . فاذا كان العقد الثانى صوريا انتفى حسن النية ولا يعتد بسبق التسجيل . وغنى عن البيان أن مثل هذا التصوير غير جدير بالتقدير ، اذ لا يمكن أن يكون قصد المشرع هو تقرير حكم تفرضه القواعد العامة دون حاجة الى نص . راجع فى بيان الاتجاهات الرئيسية ، الهلالى وحامد زكى ، فقرة ٤٥٦ – أنور سلطان ، فقرة ١٨١ – منصور مصطفى منصور ، ص ١١٧

العلانية . فتسجيل العقد يفترض علم الكافة به ، وعدم تسجيله يفترض أنه غير معلوم لأحد . فاذا قيل بكفاية العلم لنفى حسن النية أصبح نظام التسجيل عديم الجدوى ، اذ يصبح مدار العلانية هو علم العاقد لا تسجيل العقد وهو ما يخالف غرض المشرع . وفضلا عن ذلك فان الأخذ بنظرية العلم المجرد يفتح الباب للمنازعات ويرهق القضاء . لأن مسألة العلم وعدمه مسألة ذهنية باطنية يصعب التحقق منها .

المشكلة فى ظل قانون التسجيل الأول :

صدر قانون التسجيل خاليا من شرط حسن النية الذى كانت تنص عليه المادة ٢٧٠ ، وذلك بالنسبة لشهر التصرفات المنشئة . فبعد أن ذكرت المادة الأولى فى فقرتها الأولى التصرفات واجبة التسجيل ، جاء فى الفقرة الثانية « ويترتب على عدم التسجيل أن الحقوق المشار اليها لا تنشأ ولا تنتقل ولا تتغير ولا تزول لا بين المتعاقدين ولا بالنسبة لغيرهم » (١) . بينما أن المادة الثانية اذ أوجبت تسجيل العقود والأحكام المقررة وضعت القيد التالى بقولها « فاذا لم تسجل هذه الأحكام والسندات فلا تكون حجة على الغير ، كما أنها لا تكون حجة كذلك ولو كانت مسجلة اذا دخلها التدليس » .

استقر الفقه على أن قانون التسجيل قضى على نظرية العلم أى أن مجرد علم المشترى الثانى عند التسجيل بسبق التصرف فى العقار ، لا يحرمه من الأفضلية على المشترى الأول (٢) .

---

(١) جاء فى المذكرة الايضاحية للقانون أن لهذا المبدأ من الوجهة العملية مزية كبرى تنحصر فى حسم المنازعات العديدة التى تنشأ عن المعنى القانونى فى هذا الموضوع لغير المتعاقدين ، والقيد الوارد بعدها فى المادتين ٧٣٧ و٧٤٢ مدنى مختلط القائل : « من يدعى حقا عينيا أو له حقوق على العقار حفظها بموافقة القانون ، وكذلك فى الفصل فى مسائل حسن النية وسوء النية . وعبثا يحاول الانسان أن يستند الى قواعد العدالة أو حسن نية المتعاقدين لاثبات عكس ذلك . اذ يتحتم على من آل اليه الحق أن يقوم بالتسجيل حتى يكون الجمهور على علم من أيلولة هذا الحق اليه » .

(٢) الهلالى وحامد زكى ، فقرة ٢٧٣ — أنور سلطان ، فقرة ١٨١ — البدراوى ، فقرة ٢١٣ — منصور مصطفى منصور ، ص ١١٩

ولكن الخلاف ظل قائما بشأن أثر التواطؤ على مركز المشترى الثانى . فهل تكفل له الأسبقية فى التسجيل الأفضلية على المشترى الأول حتى ولو كان متواطئا مع البائع ؟

فذهب البعض الى عدم جواز تفضيل المشترى الذى سجل اذا كان متواطئا . ونجمل أهم الحجج التى اعتمد عليها هذا الاتجاه على النحو الآتى :

١ — قرر القانون صراحة فيما يتعلق بالتصرفات المقررة عدم جواز الاحتجاج بتسجيلها اذا كانت مشوبة بالتدليس ، ولا يتصور أن يبيح المشترى التدليس فى بعض التصرفات دون الأخرى .

٢ — لا ينبغى الاستناد الى ما ورد فى المذكرة الايضاحية بشأن حسم النزاع فى حسن النية وسوء النية . فالمقصود بذلك هو القضاء على نظرية العلم البسيط . أى أنه لا يجوز اهدار أثر التسجيل لمجرد هذا العلم . ولكن المذكرة لم تقصد أبدا أن القانون قضى أيضا على نظرية التواطؤ . ولا أدل على ذلك من اعتداد المشرع بها بشأن التصرفات المقررة .

٣ — ان قانون التسجيل باعتباره قانونا استثنائيا مقيدا لحرية التعامل المطلقة التى كانت مقررة من قبل ، يجب الرجوع فى تفسير ما غمض منه الى المبادىء العامة ، وهى تقضى بأن الغش يفسد كل شىء . وقانون التسجيل لا يمكن أن يكون قد نسخ هذا المبدأ العام .

= ويذهب رأى الى أن قانون التسجيل لم يغير معنى حسن النية الذى كان واردا فى نص م ٢٧٠ من المجموعة المدنية القديمة . فى هذا المعنى ، جمال الدين زكى فى رسالته عن « حسن النية فى كسب الحقوق » فقرة ٢٣٤ ب ص ٣٣١ وما بعدها . ويرى صاحب هذا الرأى أن قانون التسجيل اقتصر فيما استحدثه على تحديد معنى الغير الذى يحق له الاحتجاج بعدم التسجيل ، وأنه جعل التسجيل شرطا لازما لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . أما بالنسبة للغير فيجب اعمال حكم المادة ٢٧٠ ، وبالتالى نفى حسن النية عن المشترى الثانى اذا علم بسبق التصرف فى العقار . أما نص المادة الثانية التى اشترطت عدم التدليس للاحتجاج بتسجيل العقود والأحكام المقررة على الغير ، فهى ليست استثناء من القاعدة العامة ، كما يوحى بذلك صمت المادة الأولى عن ذكر أى أثر للتدليس بالنسبة للتصرفات المنشئة ، وانما هى مجرد تطبيق لقاعدة عامة .

٤ ـ أن المشرع المصرى رغم اشتراطه التسجيل لانتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين ، لم يذهب الى حد الأخذ بنظام التسجيل العينى الذى يجعل القيد فى السجل قرينة مطلقة على ثبوت الحق . وتجاهل التواطؤ أو الغش لا يمكن أن ينسجم الا مع نظام السجلات العينية .

استجاب جانب من القضاء لهذا الاتجاه . ولعل أصدق الأحكام تعبيرا عنه ، هو حكم محكمة استئناف مصر [1] الذى جاء فيه أنه « لا يمكن الأخذ بالقول بأن قانون التسجيل قضى على نظرية التواطؤ وسوء النية والخلافات الحاصلة فيها ، وأن التفاضل فى عقود البيع المسجلة عن عين واحدة ومن بائع واحد لا يكون الا للأسبق فى التسجيل ، بصرف النظر عن وجود تواطؤ أو عدم وجوده . ذلك لأن التدليس عمل منكر لم يدر بخلد مشرع حمايته على أى وجه من الوجوه فيما يضعه من القوانين ، تلك القوانين التى غرضها الأول أن تكون المعاملات بين الأفراد قائمة على أساس الاستقامة والنزاهة . ومن الحق الطبيعى لكل شخص أن يعتقد أن من يتعامل معه قوام معاملته الاستقامة وأن القانون يحميه اذا حاد عنها . ولهذا كانت كل معاملة أساسها التدليس للاضرار بالغير مخالفة للنظام الاجتماعى العام ولحسن السلوك ، فهى جديرة قانونا بعدم الاعتبار . وفضلا عن ذلك فان التدليس الضار بحقوق الغير مما يقع تحت حكم المادة ١٥١ من القانون المدنى (يقابلها المادة ١٦٣ من التقنين الحالى) ، وموجب للتعويض عنه ، ويدخل فى ذلك ازالته . وأن القول بأن قانون التسجيل مانع من الأخذ بنظرية التدليس قول لا محل له من الاعتبار قانونا ، لأن هذا المبدأ من المبادىء الأولية الطبيعية لا حاجة

---

(1) استئناف مصر ٢٧ أبريل سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ، ١٣ رقم ١٣٤ ص ٣٠٢ . أنظر أيضا ١٥ ديسمبر سنة ١٩٣٥ محاماة ١٦ رقم ٢٦٣ ص ٦٠٤ . ـ استئناف مختلط ٢٨ ديسمبر المجموعة ٥٠ ص ٧٤ . قضت أيضا محكمة استئناف مصر « بأنه اذا تبين أن البائع باع الصفقة مرة ثانية بطريق التدليس ،وكان المشترى الثانى على علم بذلك واشترك فى التدليس بطل البيع الثانى وغير معقول القول بأن قانون التسجيل أبطل مفعول م ٢٧٠ مدنى (قديم) . اذ القول بذلك معناه أن قانون التسجيل أراد بنصوصه أن يهدم مبدأ أساسيا فى التشريع وهو أن الحقوق يجب أن يكون مبناها حسن النية ، وهذا ما لا يمكن التسليم به » . ـ استئناف مصر ١٧ يونيه سنة ١٩٣٤ ، المحاماة ، ١٥ رقم ٢/٢٧١ ص ٥٦٩

الى النص عليها . ولأن النص فى المادة الثانية من قانون التسجيل على أن العقود المقررة للحقوق لا تكون حجة على الغير اذا داخلها التدليس ولو كانت مسجلة ، هذا النص لا يدل على أن الشارع باغفاله مثل هذا النص فى المادة الأولى من القانون المذكور الخاصة بالعقود المنشئة قد قصد السماح باجازة التدليس فى العقود المنشئة للحقوق ولم يجزه فى العقود المقررة لها ، وهو ما ينبو عنه العقل والذوق السليم .

وذهب فريق آخر من الشراح (١) ، يسنده قضاء محكمة النقض الى أن التواطؤ أو الغش لا يترتب عليه بأى حال الاخلال بقاعدة التفضيل بين المشترين على أساس الأسبقية فى التسجيل . ويعزز هذا الفقه اتجاهه بالأسانيد الآتية :

١ — يبين من مقارنة نص المادة الأولى والثانية من قانون التسجيل أن المشرع قضى بصفة عامة على أثر سوء النية بالنسبة للعقود المنشئة ، وأنه أبقى عليها بالنسبة للعقود المقررة مع تخصيصها بحالة التدليس فقط . وعلى هذا النحو لم يعد حسن النية شرطا لتمسك المشترى الثانى بالأسبقية فى التسجيل .

٢ — ان المذكرة الايضاحية صريحة فى أن المبدأ الجديد الذى جاء به القانون ، وهو عدم انتقال الملكية الا بالتسجيل حتى فيما بين المتعاقدين ، يتضمن مزية كبرى هى القضاء على كل نزاع بشأن حسن النية وسوء النية . ومفهوم هذه المذكرة هو أن المشرع اتجه نحو نظام السجلات العقارية ؛ وذلك أنه جعل أمر انتقال الملكية بين المتعاقدين مرتبطا بالتسجيل وحده . كما أنه أغفل الاعتداد بنظرية سوء النية ، مع استثناء العقود والأحكام المقررة للحقوق التى يشترط بالنسبة لها التسجيل حتى تكون حجة فيما بين

---

(١) الهلالى ، الطبعة الأولى ، رقم ٤٦٩ ص ٢٩٧ . — صليب سامى ، المحاماة ٨ ص ٦٨٣ . وأنظر فى عرض هذا الرأى وتفصيل حججه ، أنورسلطان ، ص ٢٢٤ هامش ٣ . — عبد المنعم البدراوى ، فقرة ٢١٥ ص ٣٣٣

المتعاقدين ، لأنه لا يمكن تجريدها من قيمتها الواقعية وهى الاقرار بحق سابق الوجود . ومن هنا اقتصر على لزوم تسجيلها للاحتجاج بها فقط على الغير ، وبشرط ألا يداخلها التدليس .

٣ — لا يجوز الاعتراض على هذا الرأى بعدم وجود ما يبرر التفرقة بين العقود المنشئة والعقود المقررة فى هذا الشأن . ذلك أن المذكرة الايضاحية نفسها جاء فيها ما يشير الى وجوب التميز بين هذين النوعين من العقود ، فهى تقول « هذا الاختلاف فى النوع الذى ينجم عنه الاختلاف فى الأثر المترتب على تسجيل هذا أو ذاك النوع من العقود ، والأحكام يبرر وضع مادتين مختلفتين » . فعدم تسجيل العقود المقررة لا يحول دون ترتيب أثرها فيما بين المتعاقدين ، أما عدم تسجيل العقود المنشئة فلا يترتب عليه أثر من حيث انتقال الملكية حتى فيما بين المتعاقدين . ولذلك فانه مع افتراض علم المشترى الثانى المسجل بوجود بيع أول غير مسجل ، ومع افتراض سوء نية ما ، فان كل ذلك مقرون بعلمه بأن البيع الأول غير مسجل ، وأنه لا ينقل الملكية ، وأن البائع لا يزال مالكا رغم هذا البيع الأول ، وأن القانون يبيح له الاقدام على الشراء فى هذه الحالة ، وذلك بخلاف ما كان عليه الحال قبل العمل بقانون التسجيل . فان المشترى الثانى فى الواقع لم يكن يتعامل مع المالك الحقيقى ، لأنه سبق أن باع وخرجت الملكية منه بالعقد الأول غير المسجل . ولذا كان من الطبيعى أن يشترط القانون لحماية هذا المشترى الثانى وتمسكه بالتسجيل أن يكون حسن النية .

٤ — يرى هذا المذهب أن اهدار أثر التسجيل على أساس التواطؤ وتفضيل المشترى الأول على الثانى معناه الاخلال بقاعدة أن الملكية لا تنتقل فى العقارات الا بتسجيل العقد .

٥ — قصد المشرع من النظام المستحدث أن تتحدد الملكية العقارية وتستقر توطئة لتطبيق نظام السجل العينى . ويجب أن يكون تفسير القانون وتطبيقه بما يحقق هذا الهدف . ولا شك أن اهدار أثر التسجيل بسبب التواطؤ لا يتجاوب مع هدف المشرع فى الاستقرار . واذا أمكن اعتبار

التواطؤ عملا غير مشروع ، فهنا ينبغى القول باستحالة التعويض العينى (وهو اهدار أثر التسجيل) والاكتفاء فقط بالتعويض النقدى .

٦ — أما الاحتجاج بأن الغش يفسد كل شىء ، فهذا المبدأ لم ينص عليه القانون الوضعى . وغاية الأمر أنه يعتبر من مبادىء القانون الطبيعى فلا يصح أن يلجأ اليه الا عند وجود نقص أو غموض فى التشريع . والأمر ليس كذلك فى الصورة المتنازع عليها . لأن المشرع قصد اغفال الاشارة الى أى أثر للتدليس فى المادة الأولى الخاصة بالعقود المنشئة ، بينما عمد الى ذكره فى المادة الثانية الخاصة بالعقود المقررة . وهذا يقطع بقصد المشرع فى اطلاق قاعدة التفضيل بين المشترين على أساس الأسبقية فى التسجيل بغض النظر عن تواطؤ المشترى الثانى . وغنى عن البيان أنه لا يجوز الأخذ بمبدأ من مبادىء القانون الطبيعى اذا كان يخالف قصد الشارع [1] .

وقد انتصرت محكمة النقض لهذا الاتجاه فقضت فى حكم شهير بأنه « اذا لم يحصل التسجيل فان الملكية تبقى على ذمة المتصرف حتى ينقلها التسجيل ذاته للمتصرف اليه ولا يكون للمتصرف اليه فى الفترة التى تمضى من تاريخ التعاقد الى وقت التسجيل سوى مجرد أمل فى الملكية دون أى حق فيها . وفى تلك الفترة اذا تصرف المتصرف لشخص آخر فانه يتصرف فيما يملكه ملكا تاما ، فاذا أدرك هذا الشخص الآخر وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الأول فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، ولو حتى كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيئى النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة » [2] .

---

(١) أنظر فى تفصيل هذه الحجج والرد على المذهب السابق ، سليمان مرقس ، موجز البيع والايجار فقرة ٢١٠ ص ٢٧٨ وما بعدها .

(٢) نقض مدنى فى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، المحاماة ١٦ ، ص ٥٧٠ . وعززت محكمة النقض هذا الاتجاه فى أحكامها الحديثة فى القضايا التى ظلت محكومة بقانون التسجيل فى سنة ١٩٢٣. أنظر نقض مدنى ٣ فبراير ١٩٥٥ ، مجموعة المكتب الفنى ٦، ص ٥٨١ — أول ديسمبر =

المشكلة فى ظل قانون الشهر العقارى :

تبين لنا مما تقدم أن قانون التسجيل أغفل شرط حسن النية فى المادة الأولى التى خصصها لتسجيل التصرفات المنشئة . ولكنه نص على وجوب انتفاء التدليس للاحتجاج بالتسجيل فى المادة الثانية ، وهى التى تناولت شهر التصرفات والأحكام المقررة .

وجاء قانون الشهر العقارى خاليا من أية اشارة لشرط حسن النية أو أثر الغش على التسجيل ، سواء فى المادة التاسعة التى تعالج شهر التصرفات المنشئة أو الناقلة ، أو المادة العاشرة التى تحكم شهر التصرفات المقررة . وفسرت المذكرة الايضاحية للقانون هذا المسلك بأنه « فى صدد التدليس لم ير محلا للنص عليه لا بالنسبة للتصرفات المقررة للحقوق العينية ولا بالنسبة للتصرفات المنشئة لهذه الحقوق اكتفاء بتطبيق أحكام القواعد العامة فى هذا الشأن » . وبالرجوع لأعمال اللجنة التى قامت باعداد قانون تنظيم الشهر العقارى ، نلمس تفرق كلمة الأعضاء الى اتجاهين . كان الاتجاه الأول يرى تطبيق المبادىء العامة التى تشير بأن التدليس يفسد كل شيء . بينما يدافع الاتجاه الثانى عن قضاء محكمة النقض السابق ، والذى يرى أن التدليس لا يؤثر على سلامة تسجيل المحررات المنشئة للحقوق العينية الأصلية ، مع توصية بتعميمه حتى يشمل جميع أنواع التصرفات المنشئة والمقررة للحقوق على حد سواء .

ويستفاد أيضا من أعمال اللجنة أن ما استقرت عليه محكمة النقض فى قضائها السابق انما يستند الى أن قانون التسجيل القديم كان يتضمن النص

= سنة ١٩٥٥ نفس المجموعة ص ١٥٣٦ ، وقد جاء فى هذا الحكم « جرى قضاء محكمة النقض على أنه وفقا لقانون التسجيل رقم ١٨ لسنة ١٩٢٣ اذا لم يتم تسجيل العقود التى من شأنها انشاء حق الملكية أو حق عينى عقارى آخر فان الملكية تظل على ذمة المتصرف . فاذا هو تصرف فيها لشخص آخر بادر الى تسجيل عقده خلصت له الملكية بمجرد التسجيل . ولا محل للتحدى بسبق علم المتصرف اليه الأخير بحصول تصرف البائع لشخص آخر عن ذات العقار أو سوء نيته أو تواطئه مع البائع على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة ما دام أن المناط فى نقل الملكية هو التسجيل بمفرده » .

على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة ، بينما لم يرد فيه نص مماثل بالنسبة للتصرفات المنشئة . ومن ثم فان مسلك المحكمة بشأن هذه التصرفات المنشئة لا يعتبر بالضرورة تطبيقا للقواعد العامة . وانما يحتمل أن يكون استنباطا بمفهوم المخالفة من نص المادة الثانية من قانون التسجيل الخاصة بالتصرفات المقررة .

لهذه الاعتبارات المتقدمة انتهى رأى اللجنة الى حذف النص على اشتراط عدم التدليس فى التصرفات المقررة . وبذلك ترك للقضاء الحرية الكاملة فى « تطبيق القواعد العامة » كما تقول المذكرة الايضاحية ، وهى حرية لا تخضع لوجود نص ما مثل نص المادة الثانية القديمة . ولا تتأثر باستنباط من المفهوم المخالف لهذه المادة [1] .

على هذا النحو نستطيع أن نستخلص نية أكيدة من روح التشريع الجديد فى عدم التعرض للغش وأثره على التسجيل سواء على سبيل الانكار أو التأييد . فاللجنة التى أعدت القانون كان بوسعها أن تستهدى بقضاء محكمة النقض فتضع نصا يغلق بصياغته باب الاجتهاد فى أثر الغش ، ويرتب أثر التسجيل أيا ما كانت نية المشترى وعلمه بسبق التصرف فى العقار أو تواطئه مع البائع . كما كانت تستطيع اللجنة ان هى أرادت الانحياز لنظرية العلم أو التواطؤ ، أن تضع حكما عاما يصدق على التصرفات المنشئة والمقررة ، وينكر أثر التسجيل المشوب بسوء النية أو فى القليل بالتواطؤ . لم تنتهج اللجنة هذا المسلك أو ذاك . ولكنها آثرت الصمت ، اكتفاء « بتطبيق القواعد العامة » ، التى لم تفصح عن أصولها . وبذلك عهدت مرة أخرى للفقه والقضاء مهمة تحديد هذه القواعد العامة وبيان أصولها . وهنا كانت الفرقة بين مذاهب متعددة أحدها يقنع بمجرد العلم ، والآخر يقتضى التواطؤ ، والأخير ينكر على العلم والتواطؤ أى أثر على دلالة التسجيل .

---

(١) أنظر محمود شوقى «الشهر العقارى علما وعملا» ص ٣١٢. منصور مصطفى منصور ، ص ١٢١ — سليمان مرقس « الموجز فى البيع والايجار » فقرة ٢١١ ص ٢٨٢

وفيما يلى نرسم صورة كاملة لهذه المذاهب المتعارضة . وعلى ضوء البصر بها ننتصر للرأى الذى يبدو لنا صائبا ، ونضعه بجوار محاولة لوضع نظرية عامة فى الغش ، توطئة لبحثها على نحو أكثر تفصيلا فى بحوث مقبلة .

(أولا) مذهب العلم :

يتميز هذا المذهب باستجابة مطلقة للقاعدة الخلقية . فهو يرى فى مجرد علم المشترى الثانى بسبق بيع العقار سببا كافيا لتوافر سوء النية ، وبالتالى لفساد التسجيل وعدم جواز الاحتجاج به على المشترى الأول . فالأساس الخلقى اذن لمذهب العلم هو أن كسب الحقوق مبناه أصلا حسن النية ، وأن هذه النية الحسنة تتخلف لدى المشترى الثانى اذا تعامل مع البائع على عقار وهو يعلم سبق التصرف فيه الى مشتر أول . ولكن كيف السبيل الى تعزيز هذا الأساس بسند من القانون ازاء صمت المشرع فى قانون الشهر الجديد . هنا تتعدد الأدوات القانونية ، عند أصحاب هذا المذهب ، للوصول الى الغاية التى يسعون اليها :

١ — يقول اتجاه أول بجواز استخدام الدعوى البوليصية كأداة قانونية نصل بها الى عدم نفاذ البيع الثانى فى مواجهة المشترى الأول . وحينئذ تلزم العودة للمحاولة الفرنسية القديمة التى تخصص معنى الاعسار فى الدعوى البوليصية . فالاعسار لا يشترط فيه أن يكون عاما بمعنى زيادة ديون المدين عن أمواله ، وانما قد يكون خاصا متركزا فى عجز المدين عن أداء التزام تعلق بعين معينة بالذات . وما دام الدائن (وهو المشترى الأول) لا يستطيع أن يصل الى العين التى تركز حقه فيها ، اعتبر المدين (وهو البائع) فى حالة اعسار بالمعنى المقصود فى الدعوى البوليصية ، حتى ولو كان عند المدين أموال كافية تفى بتعويض الدائن بعد فوات العين . ومن ثم يجوز للدائن الطعن بالدعوى البوليصية فى تصرف المدين فى العين المبيعة ، فيتمكن بذلك من ردها الى ملك المدين بالنسبة الى حقه وينفذ بهذا الحق عليها[1].

---

(١) أنظر السنهورى ، الوسيط الجزء الثانى ، ص ١٠٣٠ وهامش ٤ . ويشير أستاذنا فى هذا الصدد الى أنه « اذا فرض جدلا عدم امكان تخريج مثل هذه الحالة على حكم الدعوى =

وأيا ما كان الأمر فى سلامة هدف هذا الجهد ، فان التسليم به غير جائز ازاء عصيان أحكام الدعوى البوليصية عن تلبية حاجته . فالاعسار المقصود صراحة بنصوص القانون هو وحده الاعسار العام الذى تتجاوز فيه ديون المدين أمواله . أما العجز الخاص عن تنفيذ الالتزام عينا بشأن مال معين بالذات ، فيترتب عليه اقتصار حق الدائن على المطالبة بالتعويض ، وهو التنفيذ بمقابل الذى يقنع به الدائن عادة حينما يستحيل تنفيذ الالتزام عينا.

وفضلا عن ذلك فاذا سلمنا جدلا بجواز تخصيص معنى الاعسار ، وتمكين المشترى الأول من اعادة العين الى ملك البائع والتنفيذ عليها بحقه ، فهنا لا ينبغى اغفال حكم آخر من أسس الدعوى البوليصية فى التقنين المدنى ، وهو أن الثمرة التى يجنيها الدائن من عدم نفاذ التصرف انما ثمرة جماعية يشاركه فيها جميع الدائنين على السواء . ومن هنا لا يجوز القول بأن عودة العين لملك البائع تكفل للمشترى الأول أفضلية يتميز بها عن أى دائن آخر . فهو لا يتمتع بأى حق عينى على العقار قبل تسجيل عقد البيع .

٢ — ويذهب اتجاه آخر ، فى سبيل الاكتفاء بمجرد العلم لاهدار أثر التسجيل ، الى أن العقد ينشىء مركزا قانونيا لصالح المشترى الأول ، يلتزم باحترامه الغير بصفة عامة والخلف الخاص وهو المشترى الثانى بصفة خاصة . وأساس هذا الرأى أن المضمون الحقيقى لقاعدة قصور أثر التصرف على أطرافه ، هو أنه لا يترتب عليه كقاعدة عامة حق لصالح الغير ، كما لا يجوز أيضا أن يقيد ذمة الغير بأى التزام . الى هنا يتحدد مفهوم الأثر النسبى للعقد . انما ذلك لا يمنع من الاعتراف بكيان العقد المادى ووجوده فى مواجهة الكافة ، ووجوب احترامه من جانب الغير . ومن باب أولى يلتزم الخلف الخاص باحترام تعهدات السلف . وعلى هذا النحو اذا أقدم

= البوليصية ، فانه من الممكن الوصول الى نفس النتيجة العملية بتطبيق قاعدة أعم وهى القاعدة التى تقضى بأن الغش يفسد العقود . وما الدعوى البوليصية ذاتها الا تطبيق هذه القاعدة العامة » . ونحن نفضل هذا التأصيل بدلا من الاستناد الى أدوات قانونية تستعصى على ادراك الغاية منها ، وتصطدم بعقبات فنية .

المشترى الثانى على التعاقد مع البائع بشأن عقار سبق له التصرف فيه بعقد سابق ، فان المشترى الثانى يعتبر مخلا بهذا العقد الأول الذى يلتزم باحترامه هو والبائع على حد سواء .

ويستند صاحب هذا الرأى الى نص المادة ١٤٦ من التقنين المدنى التى تقضى بأنه اذا أنشأ العقد التزامات وحقوقا شخصية تتصل بشىء انتقل بعد ذلك الى خلف خاص ، فان هذه الالتزامات والحقوق تنتقل الى هذا الخلف فى الوقت الذى ينتقل فيه الشىء ، اذا كانت من مستلزماته وكان الخلف الخاص يعلم بها وقت انتقال الشىء اليه » .

على ضوء ما تقضى به هذه المادة أراد هذا الاتجاه تخريج الحل الذى يحدد مركز المشترى الثانى لعقار سبق للبائع التصرف فيه . فهو يرى أن المشترى الثانى يتقيد بالتزامات السلف ، وفى طليعتها بصفة خاصة التزامه بعدم التصرف فى العقار لتمكين المشترى الأول من ملكيته . وعلى هذا النحو يمكن القول بعدم نفاذ تصرف البائع ، الذى انعقد مناقضا لالتزام سابق .

ولكن حماية حسن النية والرغبة فى استقرار التعامل تقضى بعدم سؤال المشترى الثانى ، وبالتالى اطلاق أثر التسجيل اذا لم يكن عالما بسبق التصرف فى العقار . أو بعبارة أخرى لم ينسب اليه الخطأ فى تلقى ملكية العقار ، وهو التصوير الذى يرسمه صاحب هذا الرأى لفكرة حسن النية (١) .

يبين من هذا الاتجاه أنه لا يعتمد على فكرة الغش ، بل هو يستغنى عنها وينفى شبهة اثارتها (٢) . وانما يستند الى قاعدة قانونية منصوص عليها لتأصيل حكم يرى وجوب اتباعه . وبهذه المثابة ينحاز هذا الفقه الى حظيرة

---

(١) أنظر جمال زكى « حسن النية فى كسب الحقوق فى القانون الخاص » رسالة الى كلية حقوق باريس مطبعة جامعة القاهرة سنة ١٩٥٢ ، فقرة ١٠٠ ص ١٥٧ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ١٦٨ ، ص ١٧٣ ، فقرة ٢٣٤ ص ٣٢٩ وما بعدها ، وبصفة خاصة ص ٣٣٨

(٢) المرجع السابق ص ٥١ ، ٩٨.

(٣) المرجع السابق ص ١٦٢ فقرة ١٠٣

المحاولات التى تتحرج من الابتداع ، فتعتصم بقاعدة يأخذ بها المشرع ، وذلك لتبرير حلول جديدة تمليها الموجهات العامة أو قواعد العدالة والأخلاق .

ونخشى من هذا التصوير ما يتأدى اليه من شبهة الخلط بين مختلف النظم القانونية ، ازاء حرصه البالغ على رفض التسليم بفكرة الغش لغموضها وتخلف سندها القانونى [1] ، واصراره على عدم تجاوز النصوص ، ووجوب انتزاع الحل من قاعدة تشريعية . ومن هنا تظهر عدم كفاية النتائج التى يتطلع الى ادراكها .

فهو ينفذ الى المشكلة من زاوية معينة ، دون أن يسد ثغرة أخرى هى عصب المشكلة وحجر الزاوية فيها . اذ مهما قيل بأن الخلف الخاص ملزم بتعهدات سلفه ، فان ثمة قاعدة أخرى يجب أن تلقى على بساط البحث للبت فى أمرها ، وهى حزم المشرع فى جعل التفاضل بين المشترين فى عقار واحد وفقا للأسبقية فى التسجيل . هذه القاعدة ، كما يبدو ، وردت طليقة من أى قيد أو استثناء . فهل يجوز الخروج عليها فى خصوص ما وردت بشأنه ، اعتمادا على نص عام يرسم النظرية العامة لتأثر الخلف الخاص بتعهدات السلف ؟ . وبعد فان معالم المشكلة هى تعدد التصرفات القانونية بشأن عقار معين ، ووجه التساؤل هو مدى جواز الخروج عن الأفضلية القانونية المقررة بالتسجيل ، اذا تسرب الغش الى التصرف المسجل .

والمسلم به أن الملكية لا تنتقل الا بمراعاة أحكام الشهر . وبذلك يتمثل حق المشترى الأول فى التزام شخصى فى ذمة البائع . الأصل فيه هو التنفيذ العينى ان أمكن ، والتنفيذ بمقابل أو التعويض ان تعذر الأول .

والمفروض ، بحسب ما تشير به قواعد الشهر ، هو اطلاق تعبير التسجيل وتفضيل من سبق به . وحينئذ ، ونظرا لتعذر التنفيذ العينى ،

---

(1) المرجع السابق ، فقرة ٨١ ص ١٣٤

يتحلل حق المشترى الأول الى المطالبة بالتعويض . ومنتهى ما يمكن الوصول اليه هو الزام البائع والمشترى الثانى بهذا التعويض على حد سواء .

ولئن جاز القول باحتمال أن يكون التعويض عينيا ، أى اهدار أثر التسجيل وتمليك المشترى الأول للعقار ، فان الذى لا شك فيه أن الخيار بين التعويض العينى والنقدى ، هو مجرد رخصة تترك للقاضى بحرية مطلقة .

ويحاول هذا الاتجاه أن يتجنب فكرة التعويض اطلاقا ، على أساس تقرير جزاء عدم نفاذ التصرف الثانى فى مواجهة المشترى الأول . فالأمر اذن لا يتعلق بتعويض المشترى الأول ، وانما يتحدد بعدم نفاذ البيع الثانى ، لأن البائع كان ملزما بعدم التصرف ، وخلفه الخاص وهو المشترى الثانى يتلقى عنه هذا الالتزام (١) .

وهنا يبدو لنا مرة أخرى أن مثل هذا التخريج ينقصه مواجهة أصل المشكلة . اذ لازلنا أمام تساؤل بغير جواب ، عن علة إهدار أثر التسجيل ، رغم صراحة المشرع فى حسم التزاحم وتقرير المفاضلة بين المشترين على أساس الأسبقية فى التسجيل .

ان أقصى ما يمكن الوصول اليه على النحو المتقدم ، هو أن المشترى الثانى يتلقى من البائع التزاما بنقل الملكية . ولكنه التزام قاصر ، يعوق تنفيذه عينا سبق التسجيل ، ويقتصر حينئذ على التنفيذ بمقابل أو التعويض . وهكذا تظل المشكلة قائمة لتحديد الوسيلة التى يمكن بها اهدار أثر التسجيل .

مما تقدم نخلص الى أن هذه المحاولة ، رغم جهدها المشكور وسلامة غايتها ، تثير شبهة الخلط بين مختلف النظم القانونية . فهى تعتمد على النظرية العامة فى تأثر الخلف الخاص بتعهدات السلف ، ولكنها تغفل أحكام الشهر فى خصوص ما ورد بشأنه . وبالتالى لا تحدد العلة من جواز الخروج عليها .

---

(١) جمال زكى ، المرجع السابق ، ص ١٧٤

على أن هذه المحاولة لم تقنع فقط بالتأصيل المتقدم ، وانما اعتمدت أيضا على نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، وهو ما سنشير اليه فيما يلى .

٣ ــ أخيرا يعتمد فريق من أنصار مذهب العلم على نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ، لتبرير جواز الاخلال بقاعدة التفضيل على أساس الأسبقية فى التسجيل ، بالنسبة للمشترى الثانى سيىء النية .

وخلاصة هذا الاتجاه أن « التسجيل وان كان لازما لنقل الملكية حتى بالنسبة للمتعاقدين ، الا أنها لا تنتقل بناء على التسجيل وحده بل بناء على العقد المسجل ، والعقد يجب أن يتوافر فيه وفقا للمبادىء العامة حسن النية . ولم يرد فى نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى ما يوحى بخروج المشرع على هذه المبادىء ، بل بالعكس جاء فيها ما يؤيد حرصه عليها . والدليل على ذلك ما نصت عليه المادة ١٧ من أنه « يترتب على تسجيل الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشر أو التأشير بها أن حق المدعى اذا تقرر بحكم مؤشر به طبق القانون يكون حجة على من ترتبت لهم حقوق عينية ابتداء من تاريخ تسجيل الدعاوى أو التأشير بها . ولا يكون هذا الحق حجة على الغير الذى كسب حقه بحسن النية قبل التأشير أو التسجيل المشار اليهما . ومن الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة دعوى صحة التعاقد ، وهى التى يرفعها المشترى بعقد غير مسجل على البائع ــ اذا كان عدم التسجيل راجعا الى تقصير هذا الأخير ــ للحصول على حكم بحصول البيع وثبوته . والتأشير بالحكم الصادر فى هذه الدعوى فى هامش تسجيل صحيفتها لا يضر بالغير الذى كسب حقه قبل هذا التسجيل ، بشرط أن يكون هذا الغير حسن النية ، وعلى هذا نصت صراحة الفقرة الأخيرة من المادة السابعة عشرة . فاذا كان هذا الغير كالمشترى الثانى الذى حصل له التصرف قبل تسجيل دعوى صحة التعاقد سيىء النية ، نفذ فى مواجهته حق المشترى الأول المقرر بالحكم الصادر فى هذه الدعوى . ولا يشترط لاعتبار المشترى الثانى سيىء النية أن يكون مدلسا متواطئا مع البائع للاضرار بحق المشترى الأول . بل يكفى أن يكون عالما بالتصرف الأول ، لأن العلم البسيط

هو المعيار الذى يتفق وطبيعة جميع الدعاوى المذكورة بالمادة الخامسة عشرة ، كدعاوى البطلان والفسخ وغيرها . ولا يمكن أن يتغير هذا المعيار من دعوى الى أخرى ، فيكتفى بالنسبة لدعوى الفسخ مثلا بمجرد علم الغير بالسبب الذى تستند اليه الدعوى كعدم دفع الثمن ، ويشترط بالنسبة لدعوى صحة التعاقد التواطؤ مع البائع . لأنه لا يعقل أن يأخذ المشرع بمعيارين مختلفين فى موضوع واحد" (١) .

يبين من الرأى المتقدم أنه لا يعتد بسبق التسجيل الا اذا كان المشترى حسن النية . أما اذا كان سيىء النية أى عالما بسبق التصرف فى العقار ، فانه لا يستطيع الاحتجاج بالتسجيل حتى ولو لم يكن متواطئا مع البائع .

وقد لاقى هذا الرأى اعتراض كثرة الشراح (٢) . فقال البعض ان المادة ١٧ من قانون الشهر العقارى لا يمكن أن تنطبق على دعوى صحة التعاقد ، وأنها لا تنطبق الا على دعاوى الطعن فى وجود التصرف أو صحته أو نفاذه . والقول بغير ذلك يهدم المبدأ العام المقرر فى المادة التاسعة ، ويعود بنا الى الوراء الى عهد المادة ٢٧٠ من التقنين المدنى القديم (٣).

وقيل أيضا فى التدليل على عدم كفاية العلم أن البيع غير المسجل لا ينقل الملكية ، وعلى ذلك فالمشترى الثانى ولو علم بسبق التصرف فهو يعلم أنه يتعامل مع مالك حقيقى. ولذا لا يصح اعتباره قانونا سيىء النية . كما أن المشترى بعقد غير مسجل يعتبر دائنا عاديا للبائع ولا يوجد ما يمنع المدين وهو البائع من عقد ديون جديدة ، ولا يعترض على الدائن الجديد بعلمه بسبق تحمل المدين بديون أخرى . فالقاعدة هى تساوى الدائنين

---

(١) أنور سلطان ، ص ٢٢٩ . وفى معنى الاستناد الى المادة ١٧ ، أنظر أيضا جمال زكى ، المرجع السابق ، ص ٣٤٠

(٢) أنظر البدراوى ، فقرة ٢٠٣ ص ٣٤٠ — عبد الفتاح عبد الباقى ، محاضرات فى العقود المسماة ، ص ١٦٨ فقرة ١٠٥ — سليمان مرقس ، موجز البيع والايجار ، ص ٢٨٤

(٣) البدراوى ، المرجع السابق ، نفس الاشارة .

العادين ، فكأن مركز المشترى الأول مساو لمركز المشترى الثانى ، فاذا سبق الثانى بالتسجيل فهو الذى يفضل . ومما يدل على عدم كفاية العلم ، عند أصحاب هذا النظر ، أن المشرع فى بعض الحالات الخاصة يقرر صراحة وجوب انتفاء العلم حتى يستطيع من سبق فى الشهر أن يستفيد من أسبقيته ، وذلك كما فعل فى المادة ١٠٨٥ بالنسبة لمن أخذ حق اختصاص . ومؤدى ذلك عن طريق مفهوم المخالفة أن توافر هذا العلم لا يحول دون التمسك بتلك الأسبقية كقاعدة عامة .

أما عن الحجة المستمدة من المادة ١٧ شهر عقارى ، فان حسن النية المشار اليه فى هذا النص يقتصر فقط على الدعاوى التى يكون الغرض منها الطعن فى التصرف وجودا وصحة أو نفاذا كدعاوى البطلان أو الفسخ . ولا يتصور أن يكون المشرع قد قصد أيضا دعوى صحة التعاقد . ويؤيد هذا أن المادة ١٧ كانت تتضمن فقرة تحدد معنى حسن النية بقولها : « ويعتبر الغير حسن النية اذا كان لا يعلم ولا يستطيع أن يعلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى » . ثم حذفت هذه العبارة من النص . ويبدو أن هذا الحذف قصد به ترك الأمر للقضاء لكى يبين المقصود من حسن النية وفق ما تقتضيه ظروف كل دعوى . فيكون المقصود بالنسبة لدعاوى البطلان والفسخ هو عدم العلم بالسبب الذى تستند اليه الدعوى ، وبالنسبة لدعوى صحة التعاقد هو عدم الغش[1] .

ويلتقى فريق المعارضين للحجة المستمدة من المادة ١٧ عند القول بأن الاعتداد بمجرد العلم يتنافى مع الاستقرار اللازم للملكية العقارية ، وهو الاستقرار الذى أراد المشرع توفيره باصدار قانون الشهر . اذ المفروض أن هذا القانون صدر كخطوة فى سبيل ادخال نظام السجلات العينية .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، نفس الاشارة . أنظر أيضا سليمان مرقس عقد الايجار سنة ١٩٥٤ ، هامش ص ٢٠٥ ، ٢٠٦

وقد استجابت محكمة النقض فى أحدث أحكامها لهذا الرأى فقضت بأن « الغير سيء النية فى معنى المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى هو الذى كان يعلم بعيب سند المتصرف وقت تعاقده معه ، بأن كان يعلم أن البائع له غير مالك أو أن سند ملكيته مشوب بعيب يبطله أو بما يوجب فسخه . أما من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف فى العقار المبيع تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية فى معنى المادة المذكورة [١]» .

هذه هى خلاصة رأى الفريق الثالث من مذهب العلم ، وخلاصة الاعتراضات التى وجهت اليه . ويظهر من نقاش الشراح أن جانبا منهم يقنع بمجرد علم المشترى الثانى بسبق التصرف لاهدار أثر التسجيل ، استناداً الى نص المادة ١٧ من قانون تنظيم الشهر العقارى . بينما نجد الكثرة تنكر على العلم أى أثر على سلامة التسجيل ، وتأبى على نص المادة ١٧ الانطباق على دعوى صحة التعاقد .

وأيا ما كان الأمر فى تقدير هذا الرأى أو ذاك ، فالذى يبدو لنا هو صراحة نية المشرع فى عدم اتخاذ موقف معين . اذ يتضح من المذكرة الايضاحية للقانون ومن مناقشات اللجنة التى وضعته أن الرأى استقر على عدم الفصل فى هذه المشكلة ، وتركها لما سموه « بالقواعد العامة » . هكذا تجنب المشرع وضع حل حاسم ، وآثر أن يجعل الحل خارجا عن دائرة النصوص[٢].

ومن هنا نرى أن الاعتماد على نصوص القانون وحده فى تبرير مذهب العلم قد لا يكون مأمون العاقبة . وليس أدل على ذلك من اصرار محكمة النقض فى أحدث قضائها على تفسير نص المادة ١٧ تفسيرا يضيق بها عن حكم دعوى صحة التعاقد . وفى هذا الشأن تقول المحكمة « فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون (قانون تنظيم الشهر العقارى) لا يصح اهدار

(١) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ مجموعة المكتب الفنى ، السنة الخامسة رقم ١٢٨ ص ٨٥٦

(٢) أنظر منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٦

أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى المادة ١٧ فقرة ثانية من القانون المذكور» [١]. على هذا النحو تؤثر الابتعاد عن دائرة النصوص، ومحاولة حل المشكلة على ضوء ما توحى به المبادىء العامة كما تبدو لنا. وهو ما سنتفرغ له بعد استعراض ما تبقى من مذاهب الفقه.

---

(١) نقض مدنى ١٣ مايو ١٩٥٤، مجموعة المكتب الفنى، السنة الخامسة رقم ١٢٨ ص ٥٨٦

أنظر أيضا سليمان مرقس فى شرح عقد الايجار هامش ص ٢٠٥، ٢٠٦، وموجز البيع والايجار فقرة ٢١٥. وهو يرى أن اشتراط المادة ١٧ حسن نية الغير مقصور على الأحكام التى تصدر فى دعاوى الطعن على تصرفات مسجلة والتى يترتب عليها وفقا للقواعد العامة فسخ أو بطلان أو الغاء تلك التصرفات بأثر رجعى، لا من وقت رفع هذه الدعاوى أو تسجيلها أو التأشير بها فحسب، بل من وقت حصول التصرفات المطعون فيها. وبذلك فان اشتراط حسن النية لم يقصد به كما يتبادر الى الذهن تقرير أثر استثنائى لهذه الأحكام. بل بالعكس قصد به الحد من أثرها الرجعى الطبيعى بالنسبة للغير الذى كسب حقا قبل التأشير بتلك الدعاوى أو تسجيلها. وكان طبيعيا أن يشترط المشرع لتعطيل هذا الأثر الرجعى لمصلحة ذلك الغير أن يكون الأخير حسن النية حتى يكون جديرا بهذه الرعاية الاستثنائية. وبذلك يكون حسن النية ليس مشترطا لصحة التسجيل بوجه عام، بل مشترطا فقط للحد من الأثر الرجعى للفسخ أو البطلان وما شابههما.

كما أن تطبيق نص المادة ١٧ على دعاوى صحة التعاقد يفترض أن المشترى الثانى سجل عقده قبل المشترى الأول، وأن الأخير رفع بعد التسجيل دعوى صحة التعاقد ونفاذه وحصل على حكم بذلك، وأنه يتمسك بهذا الحكم ضد المشترى الذى سجل عقده قبل رفع الدعوى لمجرد ثبوت سوء نية هذا المشترى. وهذا الفرض لا محل له لاستحالة تحققه قانونا. ذلك أن دعوى صحة التعاقد ونفاذه يراد بها الحصول على تنفيذ التزام البائع بنقل الملكية تنفيذا عينيا جبريا. والتنفيذ العينى لا يجوز الحكم به الا اذا كان لا يزال ممكنا. والفرض فى هذه الصورة أن تسجيل عقد المشترى الثانى قد نقل اليه ملكية العقار وجرد البائع منها، فصار الوفاء العينى بالتزام البائع نحو المشترى الأول غير ممكن. ومن ثم يمتنع الحكم فى دعوى صحة التعاقد ونفاذه بالتنفيذ العينى الجبرى. ويتعين أن يقتصر الحكم فيها على اثبات التعاقد واثبات الاخلال به، والحكم بالتنفيذ بمقابل أو بالتعويض. فلا يكون ثمة محل لأن يتمسك المشترى الأول بحكم يصدر له فى دعوى صحة التعاقد ضد المشترى الثانى الذى سبق الى تسجيل عقده ولو كان هذا المشترى الثانى سيىء النية.

ويلاحظ على هذه الحجة الأخيرة أنها بمثابة مصادرة على المطلوب. فالقول بعدم امكان التنفيذ العينى لا يستقيم الا بالتسليم بسلامة تسجيل البيع الثانى وانتقال الملكية للمشترى فعلا. مع أن البحث كله يدور حول سلامة هذا التسجيل وانتقال الملكية للمشترى فعلا. ومن ثم فليس هناك ما يمنع قانونا من أن يرفع المشترى الأول دعوى صحة التعاقد ونفاذه، ويطلب من المحكمة اهدار أثر التسجيل الذى أجراه المشترى الثانى توطئة لرد الأمور الى نصابها والحكم بصحة العقد الأول =

مذهب التواطؤ :

يطاوع هذا المذهب القاعدة الخلقية دون أن يخضع لها خضوعا مطلقا . فهو ينكر على مجرد العلم أثره على فساد التسجيل . ويقتضى لترتيب هذا الأثر توافر الغش الذى يتمثل فى تواطؤ بين البائع والمشترى الثانى للاضرار بالمشترى الأول وتفويت الصفقة عليه [1] . ويستهدى هذا المذهب بأن المشرع ترك فض هذه المشكلة لحكم القواعد العامة . هذه القواعد العامة تؤدى الى أن التواطؤ يحول دون التمسك بالأسبقية فى التسجيل . اذ توجد هنالك قاعدة أساسية من قواعد قانوننا مؤداها أن الغش يفسد كل شىء . ثم ان تواطؤ المشترى الثانى مع البائع على الاضرار بحقوق المشترى الأول وتضييع الصفقة عليه يعتبر فى ذاته عملا غير مشروع يوجب الزام فاعله بتعويض الضرر . وخير طريق لاصلاح الضرر الواقع على المشترى الأول هو عدم سريان البيع الثانى فى مواجهته [2] .

وانبا نسلم مع هذا المذهب بالامتثال لمبدأ عام يقضى بأن الغش يفسد كل أمر . وهو الذى سنعنى بتأصيله وبيان أركانه فيما بعد . ولكننا لا نطاوعه فى الاحتماء بقواعد المسئولية التقصيرية ، لتأصيل الحكم الذى يرى الأخذ به . وقد سبق لنا فى دراسة مسلك الفقه الفرنسى ، بيان وجه القصور فى حصر الغش فى دائرة العمل غير المشروع . وذكرنا أن أساس هذه المحاولة

= ونفاذه . على أننا بسطنا هذا الرأى المتقدم لنستدل منه على مخاطر الاستناد الى نص م ١٧ فى تبرير مذهب العلم .

أنظر أيضا اسماعيل غانم مذكرات فى العقود المسماة (عقد البيع) سنة ١٩٥٨ ص ١٤١ . وهو يرى أن اشتراط حسن النية للاحتجاج بالتسجيل هو استنتاج بمفهوم المخالفة من نص المادة ١٧ شهر عقارى . وهذا الاستنتاج ليس ملزما ، اذ هو يتعارض مع الغرض المقصود من قانون الشهر العقارى ، وهو العمل على استقرار الملكية العقارية . هذا الاعتبار الأساسى ، وهو اعتبار لا يستمد من نص المادة ١٧ ذاته وانما يقوم على كافة نصوص قانون الشهر العقارى ، يقتضى رفض الاستنتاج بمفهوم المخالفة من المادة ٢/١٧ فيما يتعلق بدعوى صحة التعاقد .

(١) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٧٢

(٢) عبد الفتاح عبد الباقى ، المرجع السابق ، ص ١٧٣

هو الحرج من الابتداع ، والحرص على تأصيل الحلول الجديدة تأسيسا على قواعد مستقرة نص عليها القانون . ولكن يلاحظ فى هذا الشأن أن اطلاق تطبيق قواعد المسئولية التقصيرية يقتضى نسبة الخطأ الى المشترى الثانى لمجرد اقباله على شراء العقار وهو عالم بسبق التصرف فيه لمشتر أول . فهذا السلوك وحده يكشف عن سوء النية ، ويكفى لتوافر الخطأ التقصيرى الذى يلزم صاحبه بالتعويض عن الضرر المترتب عليه . وفضلا عن ذلك ، ومع التسليم جدلا بأن الخطأ لا يتوافر الا بالتواطؤ ، فالمعروف أن تقدير التعويض وطريقته يترك للقضاء أمر الفصل فيه .

ومن هنا فقد يتأدى بنا هذا الرأى الى اغراء القضاء بعدم المساس بالتسجيل واطلاق أثره فى نقل الملكية ، والاكتفاء بتعويض نقدى يحكم به على البائع والمشترى الثانى ، فى حدود الضرر الذى أصاب المشترى الأول ، والذى يتمثل فى الخسارة التى لحقته والكسب الذى فاته . بينما الواقع أن جزاء الغش لا ينبغى أن يقتصر على ازالة الضرر بعد وقوعه عن طريق التعويض . بل يتمثل بصفة خاصة فى منع الضرر من أن يقع . وبهذه المثابة يكون لفكرة الغش كيان خاص يميزها عن الفعل غير المشروع .

لهذه الاعتبارات المتقدمة نؤثر اقصاء الغش عن دائرة المسئولية التقصيرية ، والاستقلال بجزائه كعيب يعيب التصرف القانونى فيفسد آثاره .

مذهب انكار العلم والتواطؤ :

ينتصر هذا المذهب لاستقرار المعاملات ، ولا يأنس لأثر القاعدة الخلقية . فلا يرضى الاستقصاء عن نية المشترى الثانى ، ويرتب أثر التسجيل كاملا ولو ثبت علمه بالبيع السابق ، بل حتى ولو توافر التواطؤ المدبر بينه وبين البائع لحرمان المشترى الأول من الأثر الجوهرى لعقده ، وهو التنفيذ العينى .

ويتميز هذا المذهب بأنه يؤمن بالتعبير الجامد لسجلات الشهر . وبذلك ينزهها عن كل عيب ، ويأبى الشك فيها لمجرد أن التصرف المسجل اقترن بالغش أو كان مشوبا بالتواطؤ .

وقد تزعمت محكمة النقض مذهب الانكار فى ظل قانون التسجيل القديم فقضت فى حكم شهير بهذه العبارة الحاسمة « فاذا أدرك هذا الشخص الآخر (وهو المشترى الثانى) وسجل عقده قبل تسجيل عقد المتصرف اليه الأول فقد خلصت له — بمجرد تسجيله — تلك الملكية العينية التى لم يتعلق بها حق ما للأول ، حتى ولو كان المتصرف والمتصرف اليه الثانى سيء النية متواطئين كل التواطؤ على حرمان المتصرف اليه الأول من الصفقة [1] .

وتابعت محكمة النقض سيرها فى طريق الانكار . فقضت فى أحدث أحكامها [2] بنفى أثر العلم على سلامة السبق بالتسجيل . وتضمنت حيثيات الحكم ما يفيد عدم اكتراثها بالتواطؤ أيضا . أما عن نفى أثر العلم بسبق التصرف فهى تقول ان « من يتعامل مع بائع لم يثبت أنه سبق أن تصرف فى العقار تصرفا انتقلت به الملكية فلا يعتبر سيء النية ، لأنه يكون فى هذه الحالة قد تعامل مع مالك حقيقى لا تشوب ملكيته شائبة ولو كان يعلم وقت تعاقده معه أنه سبق أن باع نفس العقار لمشتر سابق لم يسجل عقده » .

وأما عن نفى أثر التواطؤ فهو يستفاد ضمنا من استطرادها « فمن يتعامل مع بائع على أساس هذا القانون (قانون الشهر) لا يصح اهدار أثر سبق تسجيل عقده أو عريضة دعواه استنادا الى المادة ٢/١٧ من القانون المشار اليه ، وانما يجوز الطعن فى عقده بدعوى الصورية أو بالدعوى البوليسية متى توافرت شروطها » .

---

(١) نقض مدنى ١٢ ديسمبر سنة ١٩٣٥ ، مجموعة القواعد القانونية ، ج ١ ص ٩٧٥ — أنظر ما تقدم عن وضع المشكلة فى ظل قانون التسجيل .

(٢) نقض مدنى ١٣ مايو سنة ١٩٥٤ ، مجموعة المكتب الفنى ، ص ٨٥٦ — أنظر أيضا نفس المجموعة ، نقض مدنى ٤ مارس ١٩٥٤ ، ص ٥٧٢

وواضح مما تقدم أن المحكمة أرادت أن تبين الوسائل القانونية التى يجوز للمشترى الأول الذى لم يسجل أن يستخدمها للطعن فى العقد المسجل . واقتصرت المحكمة فى سرد هذه الوسائل على دعوى الصورية والدعوى البوليسية ، دون أن تشير الى دعوى الغش أو الطعن بالتواطؤ . ومن ذلك يمكن الكشف عن اتجاه قضاء محكمة النقض فى متابعة اتجاهها فى عدم الاعتداد بالغش أو التواطؤ فى ظل قانون الشهر العقارى (١) .

وقد اتخذت محكمة النقض موقفا صريحا وحاسما فى الاصرار على انكار أثر التواطؤ . فقضت فى آخر أحكامها بأن تواطؤ المشترى الثانى مع البائع لا يحول دون انتقال الملكية اليه (٢) . وتجاوب جانب من الفقه مع قضاء محكمة النقض ، فانحاز الى مذهب انكار العلم والتواطؤ (٣) .

والفكرة الأساسية التى تحكم مسلك هؤلاء الشراح ، هى أن الاتجاه الذى يسير نحوه المشرع المصرى هو الأخذ بنظام السجلات العينى . ومن ثم فالاستقرار الواجب للملكية العقارية ، يقتضى الايمان المطلق بدلالة

---

(١) فى هذا المعنى منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٣ ، ١٢٤ .

(٢) نقض مدنى فى ٣ أبريل سنة ١٩٥٨ ، مجموعة المكتب الفنى السنة التاسعة عدد ٢ ص ٣٣٠ . وقد جاء فيه « متى كان المشترى الثانى قد سجل عقد شرائه وطعن المشترى السابق الذى لم يسجل عقده بصدور العقد الثانى المسجل بطريق التواطؤ رغبة من البائع فى الرجوع عن البيع له تأسيسا على أن المشترى الثانى كان قد وقع كشاهد على عقده هو ، فأغفل الحكم الرد على هذا الدفاع الذى لا يتغير به وجه الرأى فى الدعوى ، فان ذلك لا يعيب الحكم بالقصور ، ذلك لأن توقيع المشترى الثانى كشاهد على العقد الذى لم يسجل لا يعتبر اقرارا منه بانتقال ملكية المبيع الى من صدر له ذلك العقد . وان صح هذا التوقيع دليلا على علم صاحبه بسبق التصرف الى الغير ، فانه لا يحول دون كسب ملكية المبيع بعد ذلك بمقتضى عقده الذى بادر الى تسجيله فصح سندا لنقل الملكية اليه ، ولو كان فى ذلك متواطئا مع البائع » . اطلعنا على هذا الحكم بعد تسليم أصول هذا المقال الى المطبعة ، ونأمل فى أقرب فرصة مناسبة أن نعلق عليه .

(٣) أنظر سليمان مرقص ، موجز البيع والايجار ، ص ٢٨٩ – عبد المنعم البدراوى ، ص ٣٤٠ – اسماعيل غانم ، ص ١٤٠ – منصور مصطفى منصور ، ص ١٢٥ ، وهو يقرر « ويبدو لنا أن اتجاه محكمة النقض هو الذى سوف يستقر » . وتفيد هذه العبارة تحفظ الزميل فى تأييد مطلق لقضاء محكمة النقض .

التسجيل فى نقل الملكية ، والانكار المطلق لأى مطعن عليه بحجة أن ثم التزام سابق على عاتق البائع ، وأن التصرف المسجل تم بطريق التواطؤ بينه وبين المشترى الثانى .

هكذا نفرغ من استعراض المذاهب المختلفة فى الفقه والقضاء المصرى . وفيما يلى نواجه المشكلة فى عمومها على ضوء مبدأ يبدو لنا وجوب الأخذ به وهو أن الغش يفسد كل أمر . هذا المبدأ يعوق التسليم به عدم النص عليه ، ويثير الشك حوله ما يكتنف فكرة الغش من غموض .

— ٢ —

تتجاوز فكرة الغش المشكلة الضيقة لتعاقب البيوع الواردة على عقار واحد ، لتظل بأثرها على كافة النظم القانونية بصفة عامة ، والتصرفات القانونية بصفة خاصة .

وقد مضت الاشارة الى أننا نتناول هذه الفكرة بالقدر الذى يلائم نطاق هذا البحث آملين أن نعقب عليها فى بحوث مقبلة على نحو أكثر تفصيلا .

على أن هذه المشكلة التى نعالجها تكفل تهيئة الطريق الى رسم نظرية عامة للغش . وغايتنا من ذلك هو اقرار الأخذ بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر رغم عدم وجود نص يفرضه . ومن هنا تتحدد الصعوبة فى نطاق صور الغش التى لم يعالجها المشرع .

وسنعنى فى بادئ الأمر بتأصيل هذا المبدأ وتحديد قيمته القانونية بين مختلف المبادىء العامة التى تهيمن على القانون المدنى ، ويتفرع عنها القواعد القانونية التى تتناولها النصوص التشريعية .

وحينما نفرغ من هذا التأصيل ننتصر لتطبيقه على تسجيل بيع العقار التى سبق للبائع أن تصرف فيه .

ولعل هذا البحث يكشف عن أهمية هذا المبدأ واتساعه لتطبيقات كثيرة لوجوب مطاردة الغش رغم عدم وجود نص . وهى تطبيقات تستأهل فى ذاتها بحوثا مستقلة .

القيمة القانونية لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر — تأصيل هذا المبدأ :

يتمثل فى الغش هذا الصراع الدائم بين اعتبارين رئيسين ، أحدهما مادى وهو أمن التعامل ، والثانى معنوى وهو انتصار القيم الخلقية . وأحيانا تستقر المعاملات على حساب الأخلاق ، وأحيانا أخرى تنتصر الأخلاق اهدارا لاستقرار المعاملات . ومهارة المشرع والفقه والقضاء هى الوقوف فى منطقة التعادل التى لا تكون فيها الغلبة لاعتبار على آخر . فلا يجوز الاحتفال المطلق باعتبارات الاستقرار ، والا طغى الشكل على الجوهر ، وأصبحت الارادة عاجزة عن صدق التعبير . ولا يصح الانتصار المطلق لدواعى الأخلاق ، والا فقد الشكل هيبته ، وأصبح الوضع الظاهر غير جدير بثقة الكافة . والحياة القانونية مسرح مفتوح تتعاقب فيه مشاهد هذا الصراع فى تنوعه وتطوره .

وفى طليعة هذه المشاهد يلعب مبدأ الغش دورا فعالا بين ما يوحى به الشكل من مظاهر الصدق والسلامة ، وما يكمن فى التصرف القانونى من عيوب وآفات .

ولا يكون الأمر عسيرا حينما ينص المشرع على أوجه العيب ويقرر الجزاء عليها . ولكن المشكلة تتعقد حيث يتخلف السند التشريعى ، فينفتح الباب لاجتهاد الفقه وجهد القضاء . وهنا ينكر بعض الشراح « أثر هذا المبدأ الخلقى الغامض » على المعاملات القانونية ، ما دامت نصوص التشريع لا تشير بالاعتداد به .

وفيما يلى نعالج مبدأ أن « الغش يفسد كل أمر » فنبادر أولا باستطلاع رأى المنكرين للاعتداد به بغير نص . ثم نحدد بعد ذلك أساسه القانونى ، وهو ما نعنيه بتأصيل هذا المبدأ وبيان قيمته القانونية .

الرأى المنكر للاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر :

يتركز هجوم بعض الشراح [1] على هذا المبدأ فى أنه غير منصوص عليه فهو لا يجد له سندا من التشريع . كما أنه مبدأ غامض مرن ، وهو غموض يتمثل فى مضمونه ، ثم ينعكس على جزاء تطبيقه . ومن هنا يرى هذا الفقه ، وهذه الحجة وثيقة الصلة بسابقتها ، ان التسليم بهذا المبدأ يفضى الى تحكم القاضى وتمكينه من سلطان لا تملكه . ويبدو لنا عدم كفاية هذه الحجج لهدم مبدأ استقر فى فقه القانون المدنى وقضائه :

(أولا) فأما عن تخلف السند التشريعى ، فيكفينا فى هذا الصدد أن نستشهد بحكم لمحكمة النقض المصرية فى أحدث قضائها جاء فيه أن « قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص خاص فى القانون ، وتقوم على اعتبارات خلقية واجتماعية فى محاربة الغش والخديعة والاحتيال وعدم الانحراف عن جادة حسن النية الواجب توافره فى المعاقدات والتصرفات والاجراءات عموما صيانة لمصلحة الأفراد والجماعات » [2] .

ولعله ليس من اليسير التوفيق فى اختيار صياغة أصدق تعبيرا من عبارات محكمة النقض للاستدلال على أصالة هذا المبدأ فى الفكر القانونى المعاصر . وفى هذا السبيل تستجيب محكمتنا العليا لما يراه الفقه الحديث ، من وجوب افساح مكان لأصول قانونية عريقة [3] ، يجرى الاصطلاح على تسميتها بالمبادىء العامة [4] principes generaux . ويقصد بها الموجهات العامة

---

(١) فى هذا المعنى فينرون « الغش فى نقل الحقوق » رسالة الى كلية حقوق باريس سنة ١٩٢٣ ص ٢٣٩ — ارمنجون « الغش نحو القانون فى القانون الدولى الخاص » — كلينى سنة ١٩٢٠ ص ٤١٨ وما بعدها . وقد اطلعنا على هذه الآراء فى رسالة فيدال السابق الاشارة اليها ص ٣٨١ وما بعدها — أنظر أيضا جمال الدين زكى ، المرجع السابق ، ص ١٣٤ فقرة ٨٠ وما بعدها .

(٢) نقض ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ ، مجموعة المكتب الفنى ، السنة السابعة رقم ٢٣ ص ١٦٨

(٣) أنظر رواست ، مجموعة المحاضرات السابق الاشارة اليها ، ص ٤٤ وما بعدها .

(٤) راجع ريبير ، القاعدة الخلقية ، ص ٢٩١ — أنظر أيضا جان بولانجييه « المبادىء العامة فى القانون والقانون الوضعى » مقال منشور فى مجموعة الدراسات المهداة لجورج ريبير =

التى تنساب منها مجموعة الحلول الوضعية التى ترد فى نصوص القانون (١) وهى بهذه المثابة تتميز باستقلال ذاتى يرتفع بها عن مرتبة القواعد القانونية بالمعنى المألوف regles juridiques . ومن هنا تعرض التفرقة الدقيقة بين ما يسمى بالمبدأ principe ، وما يسمى بالقاعدة regle .

وقد بذل الفقه الفرنسى جهدا مشكورا فى تحديد معالم هذه التفرقة . ونقطة البداية فى هذا الصدد هى اشتراك القاعدة والمبدأ فى صفة العمومية مع التفاوت فى فهم مدلول هذه الصفة . فالعمومية فى القاعدة القانونية تفيد تقريرها بالنسبة لقدر غير محدد من الأعمال والوقائع . ولكنها من ناحية معينة تتميز بنوع من الخصوص ، من حيث أنها لا تحكم الا وقائع وأعمال معينة . فهى تتقرر لحكم مراكز قانونية معلومة . أما المبدأ فيقصد بعموميته شموله لمجموعة لا حصر لها من التطبيقات . وهكذا يتكشف التنظيم القانونى عن تفاوت فى مراتب التدرج بين المبادىء والقواعد القانونية (٢) .

وبهذه المثابة تمثل المبادىء العامة الأصول الجوهرية للتنظيم القانونى القائم (٣) . أو كما يسميها الأستاذ جورج ريبير هى القواعد الكبرى التى تتولى المحافظة على النظام الأساسى (٤). وقد كشفت دراسة القانون المقارن عن تلاقى النظم القانونية فى مختلف البلاد عند التسليم بهذه المبادىء العامة التى تحكم تنظيم العلاقات الاجتماعية . ولم يقف أبدا تخلف السند

= ص ٥١ وما بعدها - وكذلك التقرير الذى تقدم به الى أعمال الأسبوع الدولى للقانون ، باريس سنة ١٩٥٠ ص ٣٥٠ بصفة خاصة ، وتقرير روبييه فى أعمال هذا الأسبوع أيضا ، ص ١٧١ - مارتى ورينو ، الجزء الأول ، رقم ١٢٦ ص ٢١٨

(١) ديل فتشيو « المبادىء العامة فى القانون » مجموعة الدراسات فى مصادر القانون التى نشرت تكريما للأستاذ جينى ، ص ٦٩ . - بولانجييه ، المراجع السابقة ، وكذلك بحثه عن « دور القاضى فى حالة صمت القانون أو عدم كفايته » مجموعة أعمال جمعية هنرى كابيتان سنة ١٩٤٩ ص ٦٨

(٢) بولانجييه ، المقال المنشور فى مجموعة الدرات المهداة لجورج ريبير ص ٥٦

(٣) مارتى ورينو ، المرجع السابق .

(٤) القوة الخالقة للقانون ، ص ٣٤٥

التشريعى عقبة فى سبيل اقرارها . على هذا النحو تبلورت عدة أصول سامية ، من بينها على سبيل المثال الأصل الذى يقضى بعدم جواز مباشرة الحق اضرارا بالغير ، أو عدم جواز اثراء الشخص على حساب الغير ، أو فساد العمل الذى تشوبه فكرة الغش .

ولئن كان المشرع يعنى فى معظم الأحيان بوضع القواعد التى تحكم مراكز قانونية معينة ، ويغفل فى أحيان كثيرة النص على المبادىء العامة ، فان واجب القاضى بمعونة الفقه ، هو الكشف عن هذه المبادىء وصياغتها . وبهذا الاحساس استطاعت محكمة النقض المصرية أن تقضى بأن قاعدة الغش يبطل التصرفات هى قاعدة قانونية سليمة ولو لم يجر بها نص .

(ثانيا) يسوق الفقه المنكر لمبدأ الغش حجته الثانية بوصف هذا المبدأ بالغموض والمرونة . غموض يشوب مضمونه ، وينعكس على جزائه . ويبدو لنا أن هذه الحجة لا يصح الوقوف عندها لهدم مبدأ عام على حظ كبير من الأهمية .

ولئن كانت هذه الحجة تتضمن جانبا من الصحة ، فالأولى هو عدم اغفال مبدأ الغش ، وتوجيه الجهد الى اجلاء الغموض عنه ، وبعث الصلابة فى مرونته . وهنا يقع على الفقه والقضاء عبء هذه المسئولية . وغنى عن البيان أن مثل هذا الجهد يجاوز القدر المحدود المخصص لدراسة صورة معينة من صور الغش . ونحن نأمل فى دراسات مقبلة أن نعالج مضمون هذا المبدأ وجزاءه على نحو مفصل .

ونقنع الآن برسم الخطوط العامة التى تحكم هذا المبدأ . وهنا تعرض لنا الملاحظات الآتية :

(ا) من حيث مضمون مبدأ الغش :

لا يعنينا فى هذا الصدد أن نعالج صور الغش التى نص القانون على مضمونها وحدد الجزاء المترتب عليها . من ذلك مثلا غش المدين المعسر

أو المقبل على اعسار اذا أجرى تصرفا قانونيا مفقرا ، ومطاردة المشرع له بتزويد الدائن بدعوى نفاذ التصرف أو الدعوى البوليسية . ومن ذلك أيضا غش أحد المتعاقدين الذى يؤدى الى حمل المتعاقد الآخر على التعاقد ، والذى عبر عنه المشرع باصطلاح التدليس ، وأخضعه لجزاء قابلية التصرف القانونى للابطال . مثل هذه الصور وغيرها لا تثير صعوبة ، لأن المشرع كشف عن موقفه منها بأحكام وضعية مفصلة .

ولكن الصعوبة تعرض حيث يتضمن الغش تطاولا على القانون ، ويعمد فاعله الى التستر على مسلكه بالتحامى فى استخدام وسيلة ظاهرها مشروع . مثال ذلك بائع العقار الذى يفلت من قاعدة آمرة هى وجوب تنفيذ الإلتزام عينا ، عن طريق بيع العقار مرة أخرى والتيسير على المشترى الثانى فى تسجيل البيع قبل المشترى الأول .

ولئن كان الجزاء المفروض فى هذه الحالة هو تمكين الأخير من حق التعويض ، الا أن الأصل هو تطلعه الى تنفيذ العقد عينا ، أى حصوله على ملكية العقار . فى مثل هذه الصورة يترتب على الاعراض عن الغش ، افلات البائع من التنفيذ العينى بالتحامى وراء قاعدة قانونية أخرى هى سبق المشترى الثانى بالتسجيل . ومن هنا يبدو لنا ، على النحو الذى نفصله فيما بعد ، وجوب تفويت هذا الغرض اذا ثبت اشتراك المشترى الثانى فى الغش ، وذلك باهدار قاعدة الأسبقية فى التسجيل .

هكذا يتكشف لنا العنصر الأول من عناصر الغش ، وهو اتجاه الشخص الى الافلات من قاعدة سلوك آمرة . وهو عنصر يستوعب كل صور الغش بصرف النظر عن التفرقة التقليدية بين ما يسمى بالغش نحو القانون والغش نحو الغير (١) .

---

(١) أنظر فى نقد هذه التفرقة ، فيدال ، المرجع السابق ص ١٦٤ وما بعدها . وقد اعتمدنا بصفة أصلية آراء هذا المؤلف فيما نسوقه فى المتن من اتجاهات . قارن رواست ، المرجع السابق ، ص ١١٨ وما بعدها .

ويتمثل العنصر الثانى فى نية الغش ، وهى فى الأصل تتوافر حينما يستخدم الشخص وسيلة قانونية معينة لاستبعاد قاعدة سلوك آمرة والافلات منها . هكذا تتوافر نية الغش لدى البائع حينما يعتزم الافلات من تنفيذ عقد البيع الأول عينا ، ويستعين على تحقيق غايته بابرام بيع ثان والتيسير على المشترى الثانى فى اجراءات التسجيل .

والأصل هو كفاية الغش الفردى لاهدار آثاره . فالمسلك الآثم يتوافر لدى البائع بتكرار التصرف فى عقار واحد . وبعبارة أخرى فاشتراك الغير لا يعتبر أصلا شرطا لتحقق الغش . وانما يكون القول بأن حسن نية الغير تكون بمثابة مناعة تعصم التصرف من جواز الطعن فيه (1) .

ومقتضى هذا القول هو أن اشتراك الغير فى الغش يتوافر بمجرد علمه بالمسلك الشائن للفاعل الأصلى ، وهو البائع فى الصورة التى تعرض لنا . ولكن العلم المجرد ، ان صح توافره قد يغرى القضاء بعدم الاعتداد به ، على أساس التحرج من اهدار قواعد الشهر ، الا اذا ثبت تواطؤ المشترى الثانى مع البائع . وهذا هو ما ذهب اليه القضاء الفرنسى فعلا على النحو السابق بيانه . ومهما يكن من الأمر فالأصل هو كفاية الغش المنفرد لمطاردته . ولكن حسن نية الغير تقف كمانع من تحقيق هذه المطاردة . أما متى يتخلف حسن النية ، فهنا ينفتح للقضاء مجال التقدير . فتارة قد يقنع بمجرد العلم ، وتارة أخرى قد يشترط التواطؤ . ولعل صلابة موقف القضاء الفرنسى فى اشتراط التواطؤ بالنسبة لنقل الحقوق الخاضعة للشهر ، قد روعى فيه ، كما سبق البيان ، كفالة أوفر قسط من الأمان للدلالة الحاسمة للشهر . ولكن هذه الدلالة تتداعى ، اذا كان التصرف الذى تم شهره اقترن بالغش والتواطؤ .

أخيرا يكتمل الغش بتوافر العنصر الثالث وهو استخدام وسيلة فعالة لتحقيق الغاية . وفى هذا العنصر يكمن خطر الغش . فالشخص الذى يتطاول

---

(1) ريبير ، القاعدة الخلقية ، رقم ١٥٧

على القانون بوسيلة غير مشروعة ، تسهل محاسبته لأنه يعصى أمر المشرع صراحة . ولكن الأمر يدق حينما يستخف الشخص بقواعد السلوك الآمرة ، ويجبن عن عصيانها ، فيلوذ بوسيلة قانونية مشروعة يستر بها مسلكه المذنب ، هذا مثلا هو شأن راهن العقار المرهون رهنا رسميا ، الذى يؤجر العقار بعقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ويعقده بأجر بخس اضرارا بحق الدائن . فهو فى هذه الحالة يستخدم وسيلة قانونية ظاهرها مشروع لأن العقد ثابت التاريخ قبل تسجيل تنبيه نزع الملكية ، ولكنه يستبعد قاعدة سلوك آمرة ، وهى صيانة الضمان الخاص من كل اضعاف .

(ب) من حيث جزاء مبدأ الغش :

لما كان الغش يتضمن الافلات من قاعدة آمرة عن طريق استخدام وسيلة فعالة لادراك هذا الغرض ، فان الواجب هو تقدير الجزاء الملائم لتفويت هذا الغرض . ومن ثم فيمكن ايجاز الجزاء فى أنه اهدار الآثار المترتبة على استخدام هذه الوسيلة الفعالة . وعلى هذا النحو لا ينفذ فى حق أصحاب المصلحة النتيجة التى تطلع اليها مرتكب الغش ومن شاركه فيه . هكذا مثلا لا يكون تسجيل البيع الثانى نافذا فى مواجهة المشترى الأول . وبذلك تأخذ دعوى الغش صورة دعوى عدم النفاذ [1] .

هذه هى الصورة الموجزة التى يسمح لنا برسمها النطاق المحدد لبحثنا ، توطئة لرسم نظرية عامة فى الغش . ولكننا نقنع بهذه الصورة الآن لتأصيل الحل فى المشكلة التى نعرض لها .

(ثالثا) ولئن جاز التسليم بامكان تحديد مضمون مبدأ الغش وتقرير جزائه على النحو المتقدم ، فهنا تتساقط الحجة الأخيرة للفقه المنكر لهذا المبدأ . اذ لا يكون ثمة مبرر للخشية من تحكم القاضى ، ما دامت معالم المبدأ محددة . وهو تحديد بطبيعته يقع على الفقه والقضاء مهمة القيام به .

(١) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٩٠ وما بعدها .

الأساس القانونى لمبدأ أن الغش يفسد كل أمر :

يقر جمهور الشراح فى فرنسا هذا المبدأ على أساس أنه جزء من القانون العرفى [1] droit coutumier . ولكن يلاحظ أن هذا التحديد لا يلقى الضوء الكافى على مكان هذا المبدأ بين مصادر القانون غير المكتوب .

فهل يمكن نسبة هذا المبدأ الى السلطة المنشئة للقضاء ؟ الواقع أن القضاء لا يملك فى مصر خلق الأصول . وانما هو يطبق القواعد القانونية المستقاة من المصادر ، طبقا للترتيب الذى جاء فى نص المادة الأولى من التقنين المدنى.

وهل يجوز اذن اعتبار هذا المبدأ من قبيل العرف الذى اكتملت عناصره وأصبح من القواعد القانونية الملزمة ؟ مثل هذا القول يتعارض مع الطبيعة الثانوية للعرف بجوار التشريع . والثابت عندنا هو عدم قدرة العرف على مخالفة أو الغاء نصوص التشريع الآمرة [2] . بينما اتضح لنا مما سبق أن مبدأ الغش فى عمومه وعلوه يملك تعطيل بعض الأحكام الواردة فى النصوص . ولا أدل على ذلك من قول محكمة النقض فى حكمها السابق الاشارة اليه ، ان هذا المبدأ من المبادىء المسلمة التى يجب الاعتداد بها ولو لم يجر بها نص فى القانون [3] .

لا يكفى كذلك أن يكون هذا المبدأ تعبيرا صادقا للقيمة القانونية للقاعدة الخلقية [4] فهذا النظر ، رغم سلامته الاجتماعية لا يكفى لتأصيل المبدأ والتسليم به فى نطاق القانون .

ومن هنا يبدو لنا أن مبدأ الغش ينتزع قوته من الغاية التى يسعى لتحقيقها . فهو فى الواقع يوفر الأمان بتطبيق القانون تطبيقا ايجابيا . ويكفل

---

(١) رواست ، المرجع السابق ، ص ١٧ – ليبران انسكلوبيدى داللوز ، لفظ coutume رقم ٦٩ . – بلانيول وريبير وبيكار ، ج ٣ فقرة ٦٥٤

(٢) حسن كيره ، أصول القانون الطبعة الثانية سنة ١٩٥٨ ، ص ٣٥٦ وما بعدها .

(٣) نقض مدنى ٩ فبراير سنة ١٩٥٦ مجموعة المكتب الفنى ، السنة السابعة ص ١٦٨

(٤) أنظر ريبير ، القاعدة الخلقية ، فقرة ١٦٠ – رواست ، المرجع السابق ، ص ١١٣

الضمان لعدم الافلات من قواعد السلوك الآمرة التى يشير بها المشرع . فهو تفويت فرصة التطاول على القانون باسم القانون . اذ أنه يكشف عن التحامى وراء قاعدة قانونية معينة للافلات من القاعدة الأخرى . وهو بعبارة موجزة الطريق السوى لكفالة القوة الملزمة للقاعدة القانونية .

والاعراض عن مطاردة الغش يغرى الأفراد بتجريد القاعدة القانونية من آثارها. ومبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، هو النتيجة الحتمية لمبدأ أنه لا يجوز للمرء أن ينفرد بالافلات من تطبيق القانون (١) . وكثيرا ما يعجز جزاء القاعدة القانونية المقرر بالنص ، عن كفالة احترام قواعد السلوك الآمرة . وحينئذ يمكن لمبدأ الغش أن يسد هذه الثغرة ، فيتوعد بالجزاء كل من يستخف بقاعدة معينة ، ويستر هذا الاستخفاف باستخدام وسيلة فعالة لتحقيق مأربه .

وغنى عن البيان أن موقف المشرع ازاء الغش المفضوح هو تفويت الغرض على من يدبره . ومن ثم فالأولى فى نظرنا هو تعقب الشخص فى صور الغش المستور ، الذى يبرم تصرفات قانونية فى اطار مشروع ، ولكنها تنعقد بالتواطؤ مع الغير مشوبة بالغش . اذ أن مثل هذا الشخص يستخف بقواعد القانون الآمرة ، ويستعين على ادراك مآربه بوسائل قانونية تفلت من الجزاء الذى تقرره النصوص التشريعية .

وعلى النحو المتقدم يحتل مبدأ الغش مكانه بين المبادىء العامة التى تسود النظام القانونى فى الجماعة (٢) . وقد مضت الاشارة الى تحديد المقصود بالمبادىء العامة وسموها على القواعد القانونية التى يرد عليها نص فى التشريع .

---

(١) فيدال ، المرجع السابق ، ص ٣٨٥ وما بعدها .

(٢) جوسران ، الجزء الأول ، فقرة ٩٩ .

أثر مبدأ الغش على سلامة التسجيل :

على ضوء كل ما تقدم نتخذ الآن موقفا من المشكلة الأساسية التى نعالجها . وقد تبين لنا من استعراض مسلك الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر ، قصور الأدوات القانونية التقليدية عن مطاردة الغش الذى يقترن ببيع العقار مرة ثانية لمشتر يبادر بالتسجيل . ويستوى فى ذلك المحاولات التى اتجهت الى نصوص قانون تنظيم الشهر العقارى أو تلك التى تحامت بالدعوى البوليصية أو المسئولية التقصيرية ، أو الزام الخلف الخاص بتعهدات السلف (١) .

ولعل هذه الاعتبارات هى التى جعلتنا نركز الجهد فى محاولة لرسم نظرية عامة فى الغش لا تستند الى نص فى التشريع ، وانما تعتمد على مبدأ عام يقضى بأن الغش يفسد كل أمر .

ونقطة البدء عندنا أن قانون الشهر العقارى لم يغلق باب الاجتهاد فى هذه المشكلة . بل على النقيض من ذلك أشارت مذكرته الايضاحية الى اخضاع التزاحم بين المشترين اذا اقترن بالغش ، الى حكم « القواعد العامة » . وبذلك عهد الى الفقه والقضاء مهمة الكشف عن هذه القواعد العامة . ونفضل تسميتها بالمبادىء العامة استجابة للاتجاه الذى أيدناه فى التفرقة بين المبدأ والقاعدة .

ويبدو لنا أن المبدأ العام الذى ينبغى الأخذ به هو مبدأ أن الغش يفسد كل أمر . والأصل هو توافر الغش اذا اكتملت عناصره على النحو السابق بيانه . فالبائع باعادة التصرف ومعاونة المشترى الثانى على التسجيل قد عبث بقاعدة قانونية وعمل على الافلات منها ، وهو وجوب تنفيذ التزامه عينا فى مواجهة المشترى الأول . وتوافرت نية الغش بالاقدام على هذا المسلك وهو مدرك له . وتحقق الغش باستخدام وسيلة فعالة هى اعادة التصرف واجراء التسجيل .

---

(١) راجع فيما تقدم موقف الفقه فى فرنسا ومصر ، وبصفة خاصة محاولات اسناد الغش الى أحكام المسئولية التقصيرية والدعوى البوليصية .

اذا ما وقفنا عند هذا الحد وجب القول باعمال مبدأ أن الغش يفسد كل أمر وعدم نفاذ التصرف الثانى فى مواجهة المشترى الأول ، وهو الجزاء الذى ارتضينا لأعمال هذا المبدأ .

ولكننا أشرنا فيما تقدم الى أن تطبيق هذا المبدأ يحد من اطلاقه حسن نية الغير . ومن هنا فلا يجوز المساس بالبيع الأخير اذا كان المشترى الثانى يجهل سبق التصرف فى العقار .

أما اذا تحقق علم المشترى الثانى فهنا تعرض الصعوبة . فالواقع أن العلم يكفى وحده لتجريد الشخص من حسن النية ، واعتباره بالتالى سيء النية .

ولكن اخضاع التصرفات العقارية لاجراءات الشهر يدفعنا الى اشتراط الذنب أو الاثم فى سلوك المشترى الثانى . ومن ثم فلا نرى فى مجرد العلم سببا كافيا لاهدار أثر التسجيل .

على أن المسألة فى الواقع لا يجوز أن تخضع لضوابط فقهية مجردة . بل ينبغى أن يترك للقضاء ، وضع الحد الفاصل بين العلم المجرد البرىء ، والتواطؤ الآثم الذى يهدر أثر التسجيل . ولا بأس فى هذا الصدد من أن يستأنس القاضى بالعلم كقرينة قوية على قيام التواطؤ .

وقد يؤخذ على هذا القول مرونته أو عدم دقته . ولكننا نرى أن هذه المسألة بطبيعتها لا تخلو من مرونة . بل أن المرونة بشأنها ضرورة لا مناص منها . والقضاء وحده فى احساسه بالواقع ، هو الذى يستطيع تخفيف حدة الاتجاهات الفقهية الجامدة .

فلو فرضنا مثلا أن المشترى الثانى كان عالما بسبق التصرف فى العقار ، وأن المشترى الأول أهمل فى تسجيل العقد خلال فترة طويلة فهل يجوز القول هنا بأن مجرد العلم يجرد البيع الثانى من أثره ويهدر أثر التسجيل ؟

بينما اذا تبين أن المشترى الثانى بمجرد علمه بسبق التصرف فى العقار ، بادر بعرض ثمن مرتفع على البائع لاتمام الصفقة والتعجيل باجراء التسجيل . فهنا يقترن العلم بامارات تكفى لافساد أثر التسجيل فى حق المشترى الأول .

المسألة اذن فيما يبدو لنا لا تقبل الجدل الصاخب بين الفقهاء بشأن التفرقة بين مجرد العلم والتواطؤ . وانما ينبغى أن يترك للقضاء تقديرها وفق ظروف الواقع وملابساته . على أن هذا كله يفترض عدول القضاء فى مصر عن مسلكه القديم والحديث ، فى الايمان المطلق بدلالة التسجيل بصرف النظر عن التواطؤ أو التدليس .

ولعل هدفنا الأصيل من هذا البحث هو توجيه الدعوة للقضاء لاعادة النظر فيما استقر عليه . ويدفعنا الى ذلك بصفة خاصة أن التسجيل فى مصر ، مهما قيل فيه ، انما مجرد اجراء تبعى لازم لنقل الملكية . أما الخطوة الأصيلة فهى العقد الذى يسجل . وبعبارة أخرى فان المسلم ، أن التسجيل لا يطهر العقد من العيوب التى تشوبه ، لأن الملكية تنتقل بالعقد المسجل ولا تنتقل بالتسجيل وحده .

ولئن كانت كثرة الشراح انحازت لموقف القضاء ، فاننا نبدى فى هذا الشأن التحفظ أيضا . فالحجة الأساسية التى تغرى هؤلاء الشراح باتخاذ هذا الموقف هى الحرص على استقرار الملكية العقارية ، وأن قانون الشهر العقارى صدر كخطوة أولى فى سبيل اقرار نظام التسجيل العينى .

ومن حق المشرع فى المذكرة الايضاحية أن يفصح عن اتجاهه كيفما يتراءى له . ولكن هل تحققت فعلا هذه الخطوة التى أراد التشريع أن يخطوها . هنا لا نرى أى تعبير ايجابى عن سلوك هذا الطريق .

فنظام التسجيل عندنا هو نظام شخصى وادارى ، وهو على هذا النحو يختلف عن السجلات العقارية التى تخضع لنظام التسجيل العينى والقضائى .

والخطوة الحاسمة التى يستطيع المشرع أن يخطوها ، هى احاطة اجراءات التسجيل بضمانات قضائية تعصمه من عيوب الشهر الادارى ، وتؤكد الثقة فيه فتجعلها ثقة مطلقة ، بصرف النظر عن التصرف القانونى فى ذاته . عندئذ يصبح السجل العقارى أهلا للثقة التى يضعها الأفراد فيه . ولا يتوافر ذلك الا باجراء الشهر أمام قاض مختص يفحص سندات الملكية ويستوثق من سلامة مركز البائع والمشترى . وحينما يتهيأ لمصر مثل هذا الجهاز الضخم ، يجوز القول باستبعاد مبدأ الغش ، وعدم الاعتداد به لاهدار أثر السبق فى التسجيل .

خاتمة :

اتجهت عنايتنا فى هذا البحث الى فض مشكلة تعاقب البيوع على عقار واحد . وقد استعرضنا فى هذا الشأن مختلف الأدوات القانونية التى استعان بها الفقه والقضاء فى فرنسا ومصر . وبدا لنا قصور الأدوات التقليدية التى تعتمد على النصوص ، عن تحقيق الغاية من محاربة الغش على نحو كامل .

كما خالفنا اتجاه القضاء فى تفضيل المشترى السابق بالتسجيل حتى ولو اقترن البيع بالتواطؤ والتدليس . وهنا انتصرنا لوجوب الاعتداد بمبدأ أن الغش يفسد كل أمر ، بوصفه من المبادىء العامة التى تحكم النظام القانونى فى الجماعة .

هذا المبدأ يطل بآثاره على أحكام القانون المدنى فى مواضع متفرقة . وبهذه المثابة يلقى تطبيقات عديدة . ولعل هذا التعدد يبرر توجيه الجهد والعناية لتخصيص أبحاث مستقلة لكل تطبيق منها على انفراد .

الوزارات وتنظيمها

فى ضوء مبادىء علم التنظيم

بقلم الدكتور محمد فؤاد مهنا

أستاذ القانون العام بكلية الحقوق – جامعة الاسكندرية

تمهيد : التنظيم وعلم التنظيم :

يقصد بالتنظيم بوجه عام استخدام الطرق والأساليب العلمية لتحقيق أهداف المشروعات العامة والخاصة وتحصيل أكبر فائدة من الجهود التى تبذل بأقل تكاليف ممكنة .

ويقصد به بالنسبة لادارة المرافق العامة فى الدولة اعداد جهاز ادارى سليم صالح لأداء المهمة الضخمة الملقاة على عاتقه ، وادارة هذا الجهاز وتوجيه سيره بطريقة تكفل تحقيق الأهداف المرجوة منه فى أسرع وقت وعلى أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة .

والتنظيم بهذا التحديد له أهمية كبرى مسلم بها فى العصر الحديث ، بل أنه يعتبر بحق أهم العناصر الأساسية التى يتوقف عليها نجاح المشروعات الخاصة والعامة على السواء [1] .

---

(١) ذكر المهندس الأمريكى Taylor واضع أساس علم التنظيم الحديث فى مقدمة كتابه Shop management فى معرض بيان أهمية التنظيم فى المشروعات الخاصة أن بعض رجال المال سألوا أحد رجال الصناعة الناجحين فى أمريكا عن أهمية التنظيم فأجاب بالعبارة الآتية التى ننقلها بنصها لقوة دلالتها :

If I had to choose now between abandoning my present organization and burning down all my plants which have cost me millions, I should choose the latter. My plants could be rebuilt with borrowed money, but I could hardly replace my organization in a generation".

=

وقد أصبح التنظيم علما له مبادؤه وقوانينه المسلم بها فى عصرنا الحاضر . وهذا العلم وان كان علما حديثا، نشأ أصلا فى محيط الصناعات الخاصة ، الا أن أسسه ومبادؤه وقوانينه أصبحت اليوم مستقرة ومسلما بها ، ولم يعد نطاق تطبيقه مقصورا على المشروعات الخاصة ولكنه تعدى الى نطاق المشروعات العامة ، والى الدولة بالذات وبصفة خاصة الى الجهاز الادارى فيها .

وجهود الحكومات والعلماء والمشتغلين بالشئون العامة فى كل دول العالم الحديث تتجه اليوم نحو اقامة بناء الدولة وأجهزتها المختلفة على الأسس والمبادىء التى يقررها علم التنظيم .

وقد رأينا أن نسترشد بالمبادىء التى ظهرت فى محيط هذا العلم فى القاء بعض الضوء على الوزارات بوصفها الأقسام الادارية الرئيسية فى كل دول العالم الحديث .

ونعرض فيما يلى لدراسة الوزارات وتنظيمها فى بابين : باب أول نتكلم فيه عن الوزارات وتنظيمها بوجه عام ، وباب ثان نتكلم فيه عن الوزارات وتنظيمها فى الجمهورية العربية المتحدة .

= (V. Scientific management comprising shop management, the principles of scientific management, Testimony before the special house committee by F. W.Taylor 1947 P. 62 — 63.

وفى بيان أهمية تنظيم الجهاز الحكومى يقول علماء التنظيم أن التنظيم هو أهم العناصر فى بناء الدولة الحديثة وأن تنظيم الجهاز الحكومى على أساس سليم هو بلا جدال مصدر قوة الدولة فى عصرنا الحاضر . ويقولون أيضا أن التنظيم اذا كان لازما لنجاح المشروعات بوجه عام فانه كلما زاد حجم المشروع كانت حاجته الى التنظيم أشد وأقوى . ولما كانت الدولة تعتبر بحق أضخم المشروعات المعروفة من وجهة نظر الباحث فى التنظيم ، فان التنظيم يبدو بالنسبة للدولة أكثر أهمية وأشد خطرا . أنظر فى كل ذلك :

Pasdermadjian: Le gouvernement des grandes organisations 1947 P. VIII; Ralf Burton : The central Machinery of government 1950 P. 3 et suiv; Raymond Gaudriault : L'organisation des travaux administratif 1949, Preface Par Henry Puget; Dubois Richard : L'organisation technique de L'etat 1930 P. 31 et suiv.

الباب الأول

الوزارات وتنظيمها بوجه عام

هذا الباب مخصص كما سبق القول لدراسة الوزارات وتنظيمها بوجه عام . فندرس فيه أولا مبدأ توزيع الاختصاصات الادارية فى الدولة بين أقسام ادارية رئيسية والأسس التى يقوم عليها هذا التوزيع ، ثم نعرض بعد ذلك لدراسة الوزارات وتنظيمها فى الدول المختلفة .

الفصل الأول

مبدأ توزيع الاختصاصات الادارية فى الدولة

ان تعدد وظائف السلطة الادارية المركزية وتشعبها يجعل من المتعذر قيام هيئة ادارية واحدة أو رئيس ادارى واحد بجميع المهام الملقاة على عاتق هذه السلطة . ولهذا كان من الواجب لضمان حسن سير الجهاز الادارى توزيع العمل الادارى أو الاختصاص الادارى بين هيئات أو وحدات ادارية تباشر كل وحدة منها قدرا معينا من الاختصاصات الادارية المركزية .

وتعدد الوحدات أو الأقسام الادارية يقتضى اخضاعها جميعا لسلطة عليا واحدة تتولى رسم السياسة العامة التى تسير عليها وتنسيق العمل بينها ، وهذه السلطة هى الحكومة وتعتبر فى علاقتها بالسلطة الادارية بمثابة القائد الموجه ، ولهذا رأينا أن نطلق عليها اسم « سلطة القيادة » (1) .

---

(1) عرضنا لدراسة سلطة القيادة والسلطة الادارية وتحديد اختصاصات كل منهما وتنظيم العلاقة بينهما فى دروس الدكتوراه فى السنة الجامعية ١٩٥٦/١٩٥٧

ومن هنا كان التنظيم الادارى السليم فى كل دولة يقتضى وجود سلطة قيادة واحدة تتبعها أقسام أو وحدات ادارية متعددة تتولى الوظيفة الادارية تحت اشرافها ورقابتها وفقا للسياسة العامة التى ترسمها .

وتقسيم العمل الادارى أو توزيع الاختصاصات الادارية بين أقسام أو وحدات ادارية متعددة يثير مشكلتين : الأولى تتعلق بالأساس الذى يقوم عليه توزيع الاختصاصات الادارية بين الأقسام الادارية وعدد الأقسام التى يمكن انشاؤها . والثانية تتعلق بشكل هذه الأقسام أو الوحدات . ونتكلم عن كل منها فيما يلى :

المبحث الأول

الأساس الذى يقوم عليه توزيع الاختصاصات الادارية

عند النظر فى تحديد الأساس الذى يقوم على توزيع الاختصاصات الادارية يثور البحث فيما اذا كان الأفضل اقامة هذا التوزيع على أساس جغرافى أو مهنى أو وظيفى (١) .

فقد يرى البعض أن يكون توزيع الاختصاصات على أساس جغرافى أو اقليمى بمعنى أن كل قسم من الأقسام الادارية يختص بادارة جزء محدد من أرض الدولة ، ويباشر كل الاختصاصات الادارية بالنسبة لهذا الجزء . وهذا هو الأساس الذى يقوم عليه تنظيم الادارة المحلية . حيث تختص كل سلطة من السلطات الادارية المحلية بادارة شئون اقليم محدد أو بلدة معينة ؛ ولكن تنظيم السلطة الادارية المركزية لا يقوم على هذا الأساس فى أى دولة من دول العالم فى الوقت الحاضر . ذلك لأن المرافق القومية التى تديرها السلطة المركزية تؤدى خدماتها للدولة كلها كمجموع لا لاقليم معين أو مدينة معينة . ولهذا فان توزيع الاختصاصات المركزية على أساس اقليمى أو جغرافى يبدو عديم الفائدة متعذر التحقيق .

---

(١) V. Arnold Miles & Alan Dean : Issues and Problems in the administrative organization of National governments 1950 P. 16 et suit.

وقد يرى آخرون أن يكون التوزيع على أساس مهنى بمعنى أن يضم كل قسم من الأقسام الادارية أفراد طائفة مهنية واحدة ويتولى الاختصاصات التى يقوم بها أفراد هذه المهنة بالنسبة لجميع أجزاء الدولة . فيضم أحد الأقسام مثلا طائفة المهندسين ويختص بمباشرة كل الأعمال الهندسية بالنسبة لجميع أجزاء الدولة . بينما يضم قسم آخر رجال القانون ويختص بمباشرة كل الأعمال القانونية بالنسبة لجميع أجزاء الدولة وهكذا .

ويلاحظ أن توزيع الاختصاصات الادارية على هذا الأساس يترتب عليه توزيع المسئولية واضعاف الرقابة فى الأقسام الادارية المختلفةحيث تكون الأعمال الطبية والهندسية وغيرها من الأعمال المهنية فى الأقسام المختلفة غير خاضعة لرئيس القسم المختص . ولهذا لا توجد فى الوقت الحاضر دولة تقيم توزيع الاختصاصات الادارية فيها على هذا الأساس .

وقد يرى فريق ثالث أن يكون توزيع الاختصاصات على أساس طوائف السكان التى تنتفع بخدمات الجهاز الادارى . فينشأ مثلا قسم ادارى يختص بأداء الخدمات لطائفة الزراع ، وآخر يختص بأداء الخدمات لطائفة العمال أو المحاربين ، وهكذا بالنسبة لغير هؤلاء من طوائف السكان .

ولكننا لا نجد دولة فى الوقت الحاضر تعتمد فى توزيع الاختصاصات الادارية المركزية على هذا الأساس وان كنا نلاحظ أن بعض الأقسام الادارية فى معظم الدول يشمل اختصاصها خدمات تؤدى لطائفة معينة من السكان . فوزارة الزراعة مثلا يشمل اختصاصها معظم الشئون المتعلقة بطائفة الزراع ، وكذلك الحال بالنسبة لوزارة الدفاع التى يشمل اختصاصها شئون المحاربين . ولكن اختصاص وزارة الزراعة بشئون المزارعين واختصاص وزارة الدفاع بشئون المحاربين ، ليس فى الحقيقة سوى نتيجة عرضية للتقسيم الادارى الذى قام على أساس آخر هو نوع الخدمات التى تقدم أو الغرض الذى يراد تحقيقه . فوزارة الزراعة تنشأ أصلا

لتحقيق غرض محدد هو النهوض بالزراعة لا لخدمة الزراع . ووزارة الدفاع تنشأ أصلا لتحقيق غرض محدد هو الدفاع عن أرض الوطن لا لخدمة المحاربين .

والواقع أن توزيع الاختصاصات الادارية يقوم فى العصر الحديث على أساس الهدف الذى يراد تحقيقه ، أو نوع الخدمات التى يؤديها كل قسم من الأقسام الادارية فى الدولة .

فبقدر عدد الأغراض التى تستهدفها الدولة ، أو عدد أنواع الخدمات التى يراد تقديمها تنشأ أقسام ادارية لتحقيقها . فللنهوض بالزراعة والتجارة وتحقيق الأمن والدفاع وتيسير سبل المواصلات تنشأ وزارات أو أقسام ادارية بقدر عدد هذه الأغراض ، فتنشأ وزارة للزراعة وأخرى للتجارة وثالثة للداخلية ورابعة للدفاع وخامسة للمواصلات وهكذا .

ويزداد عدد الأقسام الادارية أو ينقص تبعا للطريقة التى تتبع فى تحديد الأغراض أو الخدمات العامة . فاذا حددت الأغراض أو الخدمات بصفة عامة قل عدد الأقسام الادارية . وعلى العكس يزداد العدد اذا حددت الأغراض والخدمات بطريقة تفصيلية .

فتيسير سبل المواصلات مثلا غرض عام يمكن أن تنشأ وزارة واحدة لتحقيقه ، كما يمكن أن يجزأ هذا الغرض الى عدة أغراض جزئية وينشأ لكل منها وزارة . فتنشأ وزارة للطيران وأخرى للنقل البرى وثالثة للنقل البحرى . وهكذا بالنسبة لكل الأغراض العامة الأخرى .

تحديد عدد الأقسام الادارية : قدمنا أن الأساس المتفق عليه فى توزيع الاختصاصات الادارية هو الغرض الذى يراد تحقيقه أو نوع الخدمات التى تقدم . وقلنا أن زيادة عدد الأقسام الادارية أو نقصها يتبع الطريقة التى تحدد بها هذه الأغراض وتلك الخدمات .

ويرى علماء التنظيم وجوب تقليل عدد الأقسام الادارية التى تنشأ فى كل دولة وذلك للأسباب الآتية :

(أولا) ان قلة عدد الأقسام الادارية يسمح بتركيز المسئولية عن الأغراض الرئيسية فى يد هيئة ادارية واحدة تتولى مباشرة مجموعة من الاختصاصات المتشابهة أو المتقاربة .

(ثانيا) كلما قل عدد الأقسام الادارية أمكن ايجاد هيئات ادارية قوية قادرة بامكانياتها على تنفيذ المشروعات العامة على أحسن وجه وبأقل تكاليف ممكنة .

(ثالثا) يترتب على تقليل عدد الأقسام الادارية تبسيط وتيسير الاتصال بين الادارة والجمهور . ذلك لأنه يسهل على الجمهور فى هذه الحالة معرفة الجهة الادارية التى يتعين عليه الالتجاء اليها .

(رابعا) كلما قل عدد الأقسام الادارية كانت مهمة التنسيق بين أعمال هذه الأقسام أيسر وأسهل . والتنسيق بين الأقسام الادارية أهم وظائف سلطة القيادة وعليه يتوقف حسن سير الجهاز الادارى [1] .

ويرى علماء التنظيم أنه يمكن حصر الأغراض الرئيسية التى تستلزم انشاء أقسام ادارية رئيسية لتحقيقها فيما يقرب من اثنى عشر قسما [2] .

المبحث الثانى

شكل الأقسام الادارية

لا يكفى لضمان حسن سير الجهاز الادارى وتوفير ادارة سليمة أن تنشأ أقسام ادارية توزع بينها الاختصاصات الادارية ، وانما يجب العناية أيضا

(١) Arnold Miles & Alan Dean المرجع السابق ص ٢٢

(٢) Pasdermadjian : Le gouvernement des grandes organisations 1947 P. 101.

بتحديد شكل هذه الأقسام بحيث يكون الشكل الذى يختار ملائما لنوع النشاط الذى يباشره كل قسم والأغراض التى يسعى لتحقيقها .

ويمكن أن تنشأ الأقسام الرئيسية التى يعهد اليها بمباشرة الوظيفة الادارية فى صورة من الصور الأربعة الآتية :

١ — الصورة الأولى : وزارات يرأس كلا منها رئيس فرد (هو الوزير) يجمع فى يده سلطة مباشرة العمل الادارى ويتحمل مسئوليته .

وهذه هى أفضل صور التنظيم الادارى . وتمتاز هذه الصورة من صور التنظيم الادارى بتركيز السلطة وتحديد المسئولية بطريقة واضحة مؤكدة يسهل معها الرجوع على المسئول . وفى هذا أكبر حافز للرئيس على التفانى فى أداء واجباته على أكمل وجه [1] .

حقيقة يلاحظ أن القاء العبء كله على عاتق فرد واحد قد يثقل كاهله ولكن الوسائل التى يضعها علم التنظيم الحديث فى متناول يد الرئيس الفرد يخفف هذا العبء الى حد كبير .

---

(١) يكاد الاجماع ينعقد بين علماء التنظيم على أن ادارة المشروعات العامة (بل والمشروعات الخاصة أيضا) بواسطة رئيس واحد مسئول هى أنجح وأسرع وأصلح طرق الادارة . أنظر فى ذلك :

(أ) Arnold Miles & Alan Dean. (المرجع السابق ص ٢٣)

(ب) Harold Laski : A grammar of Politics 4*th* ed. 1937.

يقول Laski فى هذا المعنى :

".. the root of all effective administration is the devolution of responsibility on an individual (P. 377)".

(حـ) Pas dermadjian (المرجع السابق ص ١١)

(د) Prelot : La Nation de pouvoir administratif : cours de doctorat

(مجلة القانون والاقتصاد س ٢٠ ع ٣ ، ٤ ص ٢٧٣)

يقول Prelot (أستاذ بجامعة باريس) فى هذا الصدد ما يلى :

" ... il ya des fonctions pour lesquelles un homme seul, même moins doués, est superieur a plusieurs; c'est le cas de l'administration aù il est necessaire que la tâche soit le plus souvent confiee a un responsable".

فالرئيس لا يباشر كل مهام الادارة بنفسه ولكنه يفوض غيره فى مباشرة كثير من اختصاصاته . وللرئيس كذلك هيئة فنية تعاونه فى مباشرة اختصاصاته . وبفضل نظام التفويض وهيئة معاونى الرئيس بقى نظام الرئيس الفرد محتفظا بكل مميزاته ممتنعا على كل نقد .

٢ — الصورة الثانية : مجالس أو لجان تتكون من عدة أفراد يتولون مباشرة الاختصاصات الادارية مجتمعين .

وقد يقال فى تبرير مثل هذه الطريقة من طرق الادارة أن اشتراك أكثر من واحد فى مباشرة العمل يساعد على الوصول الى حلول وقرارات أسلم وأصلح مما لو كان الأمر بيد فرد واحد .

ولكن التجارب أظهرت أن هذه المزايا التى تنسب لطريقة الادارة بواسطة اللجان والمجالس هى مزايا نظرية فقط وليس لها وجود حقيقى للأسباب الآتية :

(ا) ان العمل الادارى بطبيعته يتطلب سرعة فى البت وحزما فى اتخاذ الاجراءات المناسبة فى الوقت المناسب .

(ب) عمل اللجان والمجالس بطبيعته بطىء لما يستلزمه من اجتماع الأعضاء ومداولتهم فى كل أمر يعرض قبل اصدار قرار فيه . واشتراك أكثر من فرد فى اختصاص واحد يثير بطبيعته المنازعات والخلافات بين الأعضاء ويجعل العلاقة بين الرئيس الأعلى واللجنة أو المجلس أكثر تعقيدا .

(ج) أثبتت تجارب الادارة بواسطة المجالس واللجان تعذر جمع العدد الكافى من الأعضاء لعقد المجلس أو اللجنة فى كثير من الأحيان ، وقلة عناية الكثرة من الأعضاء بدراسة المسائل المعروضة دراسة جدية قبل حضور الاجتماع فى أغلب الأحيان وتعذر القيام بهذه الدراسة بالنسبة للراغبين منهم فى ذلك لعدم توافر المستندات الخاصة بالموضوع تحت أيديهم قبل الجلسة بوقت كاف .

(د) يضاف الى هذا كله عامل نفسانى هام يفسد عمل المجالس واللجان ويقضى على كل فائدة ترجى من اشتراك أفراد متعددين فى مباشرة عمل ادارى واحد . ذلك هو ضعف أو فقدان الشعور بالسلطة والمسئولية لدى الأعضاء جميعا بوجه عام . لأن سلطة القيام بالاختصاصات الممنوحة للمجلس موزعة بين الأعضاء جميعا . وكذلك الحال بالنسبة للمسئولية فلا يشعر أى عضو بأنه صاحب السلطة المسئول عن عمل المجلس . وبهذا يفقد كل عضو الحافز الذى يدفع الانسان لاتقان عمله . وينتهى الأمر الى أن تصبح السلطة الفعلية فى توجيه عمل المجلس بيد الرئيس وحده أو بيد قلة من أعضاء المجلس ، بينما توزع المسئولية فلا يتحمل الموجهون الحقيقيون لعمل المجلس مسئولية عملهم لا قانونا ولا فعلا ، وبهذا يفقد نظام المجالس واللجان كل مميزاته .

ولم تعد هذه الحقائق خافية على أحد من المشتغلين بمسائل التنظيم . ولهذا فان الرأى متفق الآن على النتائج الآتية :

(ا) ان المجالس واللجان لا تصلح لمباشرة أعمال الادارة التنفيذية أو بعبارة أدق العمل التنفيذى اليومى .

(ب) انها قد تصلح للقيام بالوظائف الادارية شبه التشريعية أو شبه القضائية كوضع اللوائح الادارية أو الفصل فى المنازعات الادارية وان كانت لا تعتبر أصلح أداة لأداء هذه الوظائف .

(ج) ان صلاحيتها مؤكدة كهيئات استشارية للرئيس التنفيذى [1].

٣ — الصورة الثالثة : المؤسسات العامة[2] هذه صورة خاصة من صور الادارة بواسطة مجالس ولجان تتمتع باستقلال ذاتى وتتحرر من الخضوع

(١) Arnold Miles & Alan Dean المرجع السابق .

(٢) يطلق عليها فى انجلترا Corparations ، وفى فرنسا وبلچيكا Etablissements publics

للسلطة الرئاسية . وهى فى انجلترا لا تخضع لرقابة البرلمان ، وكذلك لا تخضع لرقابة البرلمان فى بعض الحالات فى فرنسا . وهذا ما يجعل نظامها محل نقد شديد من جانب الفقه هناك .

٤ — الصورة الرابعة : الشركات العامة . فى هذه الصورة تتولى أعمال الادارة شركة تشترك السلطة الادارية فى ادارة شئونها والرقابة عليها بنصيب كبير يحدده قانون انشائها لضمان المصلحة العامة .

وأظهر أمثلة هذا النوع من الشركات شركات الاستغلال المختلط [١] .

هذه هى الأشكال المختلفة للهيئات الادارية التى يعهد اليها بمباشرة الاختصاصات الادارية فى الدولة من حيث تكوينها . فقد تنشأ هذه الهيئات فى صورة وزارات ، أو مجالس أو لجان ، أومؤسسات عامة ، أو شركات عامة .

غير أنه يلاحظ أن أهم هذه الأشكال وأكثرها تطبيقا فى مجال العمل هى الوزارات . والاختصاصات الادارية تتولاها بوجه عام فى معظم الدول أقسام ادارية رئيسية يرأسها رئيس فرد وهذه هى الوزارات . أما الادارة بواسطة المجالس واللجان فلا نكاد نجد لها تطبيقا عاما فى دولة من الدول فى الوقت الحاضر [٢] .

وفى معظم الدول يوجد بجانب الوزارات مجالس أو لجان أو مؤسسات عامة أو شركات عامة يعهد اليها بادارة مشروعات أو مرافق عامة محددة . وفى هذه الحالة تكون المجالس واللجان أو المؤسسات العامة أو الشركات العامة مجرد هيئات ادارية ذات اختصاص محدد ، ولا يمكن اعتبارها أقساما ادارية عامة تتولى مباشرة نشاط الدولة الادارى بوجه عام .

---

(١) Economie Mixte

(٢) قبل عصر نابليون كانت الادارة التنفيذية فى فرنسا بيد مجالس . ولكن عيوب هذا النظام تجلت بشكل واضح قبل انقضاء وقت طويل مما دعا نابليون الى اصلاح النظام الادارى واقامة النظام الجديد على أساس جعل السلطة بين فرد واحد (الوزير — المدير — العمدة) أنظر Prelot المرجع السابق ص ٢٧٣ وما بعدها .

الفصل الثاني

الوزارات وتنظيمها فى الدول المختلفة

المبحث الأول

الوزارات – انشاؤها وتنظيم العلاقة بينها

تعريف وتحديد

الوزارات أقسام ادارية رئيسية يرأس كلا منها رئيس فرد يجمع فى يده السلطة والمسئولية ، ويختص كل قسم منها بجزء من اختصاصات السلطة الادارية فى الدولة (١) .

وتنشأ الوزارات لتحقيق غرض محدد أو تقديم نوع معين أو مجموعة متشابهة من الخدمات . وعلى هذا الأساس يحدد عدد الوزارات واختصاص كل منها (٢) . فتختص وزارة مثلا بالشئون الصحية وأخرى بشئون التربية والتعليم وثالثة بالشئون المالية وهكذا .

وتقضى مبادىء التنظيم السليم بجمع كل الأعمال التى من نوع واحد فى يد وزارة واحدة . فلا تنشأ أكثر من وزارة للقيام بنوع واحد من الأعمال أو بأعمال متشابهة فى النوع ، وأن لا يزداد عدد الوزارات عن حد معين حتى يسهل التنسيق بين أعمالها .

ويلاحظ أن هذه المبادىء لم يكن معمولا بها بوجه عام خلال القرن التاسع عشر . فقد كان الاتجاه يميل فى هذا القرن الى الاكثار من عدد الوزارات وتجزئة الاختصاصات وتوزيعها بين وزارات متعددة . ولكن

(١) يطلق على الوزارات فى أمريكا وانجلترا وسويسرا اصطلاح Departments ، وفى روسيا Commissariats

(٢) Harold Laski : A grammar of Politics 1937 P. 268.

الوضع تغير خلال هذا القرن وتحول الاتجاه نحو تجميع الاختصاصات المتشابهة فى وزارة واحدة والتقليل من عدد الوزارات تبعا لذلك (١) .

انشاء الوزارات وتحديد اختصاصاتها : انشاء الوزارات وتنظيمها وتوزيع الاختصاصات الادارية بينها هو فى حقيقته من مسائل التنظيم الادارى . وطبقا للمبادىء المسلم بها فى هذا الشأن يجب أن تكون سلطة التنظيم بيد الرئيس الادارى يباشرها ويتحمل مسئوليتها طالما أنه هو المسئول عن حسن سير العمل فى الجهاز الادارى (٢) . والرئيس الادارى المقصود هنا ليس الوزير ، ولكن هذا الوصف ينطبق على سلطة القيادة بالنسبة للجهاز الحكومى كله كمجموع . والمقصود بسلطة القيادة مجلس الوزراء ورئيس مجلس الوزراء فى الدول البرلمانية ورئيس الدولة فى الدول الرئاسية .

وطبقا لهذه المبادىء تكون سلطة انشاء الوزارات وتحديد اختصاصها بيد مجلس الوزراء أو رئيس الدولة أى بيد سلطة القيادة بالنسبة للجهاز الادارى . غير أن القواعد المقررة فى كثير من الدول تبدو مغايرة لهذا المبدأ .

ففى أمريكا لا يملك رئيس الدولة سلطة انشاء الوزارات (٣) ، وان كان يملك سلطة واسعة فى التنظيم بوجه عام تشمل انشاء ادارات

---

(١) V. Rapport de M. Fouqet : La structure des administrations centrales (Revue internationale des sciences administratives 1949 No. 2 P. 306); Pasdermadjian: Le gouvernement des grandes organisations 1947 P. 101.

ويلاحظ أن عدد وزارات الحكومة الاتحادية الأمريكية كان فى سنة ١٩٥٠ احدى عشرة وزارة ، أنظر فى ذلك :

John. H. Ferguson & Dean Mc. Henry : The American system of government 1950 P. 310.

(٢) Pasdermadjian المرجع السابق ص ١ ، ١١

(٣) طبقا لقانون The Reorganization act 1939 تنشأ الوزارات فى أمريكا بقانون . أنظر John Ferguson & Mc. Henry المرجع السابق ص ٣١٠

وهيئات ادارية غير الوزارات وتوزيع الاختصاصات بوجه عام ، كنقل اختصاص من وزارة لأخرى أو من هيئة مستقلة الى وزارة أو العكس [1] .

أما فى انجلترا فانه يبدو أن انشاء الوزارات يدخل فى اختصاص مجلس الوزراء . ورئيس مجلس الوزراء هناك هو الذى يحدد مناصب الوزارة ويعين من يشغلها ، وهو الذى يحدد المناصب الوزارية التى يشترك شاغلوها فى عضوية مجلس الوزراء .

ومن هنا كان عدد الوزراء وعدد أعضاء مجلس الوزراء فى انجلترا غير ثابت ولا محدد بصفة قاطعة [2] . ومع ذلك فان اختصاصات الوزارات وتنظيم سير العمل فيها محدد تحديدا دقيقا بنصوص قانونية [3] .

وفى فرنسا كان العمل يجرى على اعتبار انشاء الوزارات من الأعمال التنظيمية التى تدخل فى اختصاص السلطة التنفيذية . وكانت هذه السلطة الأخيرة تنشىء الوزارات لمجرد الرغبة فى تحقيق أهداف حزبية . وكان هذا التصرف من جانب السلطة التنفيذية مثار نقد من جانب البرلمان . بل ان مجلس النواب قرر فعلا فى ١٥ مارس سنة ١٨٩٣ أنه لا يجوز (بعد هذا التاريخ) انشاء أو الغاء وزارات الا بقانون . غير أن هذا القرار لم ينفذ وظل العمل جاريا بعد صدوره كما كان قبلا .

= وطبقا لقانون The Reorganization act 1949 منح الرئيس الأمريكى سلطة التنظيم لغاية سنة ١٩٥٣ ونص فى هذا القانون على أن مشروعات التنظيم التى يضعها الرئيس تعرض على المؤتمر ، فاذا لم يعترض عليها فى بحر ستين يوما تصبح نافذة . أنظر :

Thomas Doyle Kingdom : Improvement of organization and Management in public Administration 1951 P. 65.

(١) المرجع السابق

(٢)،(٣) Jennings : Cabinet government 1951 ص ٦٤ ، ٦٨ ، ٧٩ . ويلاحظ أنه طبقا لقانون The ministers of the crown act 1946 يجوز نقل الاختصاصات من وزارة لأخرى أو تغيير اسم الوزارة بأوامر ادارية تصبح نافذة اذا لم يعترض عليها البرلمان خلال ٤٠ يوما (أنظر : Thomas Doyle Kingdom المرجع السابق ص ٦٥) .

وفى سنة ١٩٢٠ رأت السلطة التشريعية أن تعالج الأمر بطريقة جديدة فأدمجت فى قانون الميزانية الذى صدر فى ٢٠ يونيه ١٩٢٠ نصا يقضى بتحريم انشاء الوزارات أو الغائها الا بقانون . غير أن هذا النص بدوره لم ينفذ وظلت السلطة التنفيذية تسير على السنة التى جرت عليها وذلك بانشاء الوزارات بقرارات لا بقوانين . وختمت هذه التطورات فى سنة ١٩٤٥ بالغاء النص الذى كان يحرم انشاء الوزارات الا بقانون . وبذلك أصبح من حق السلطة التنفيذية فى فرنسا أن تنشىء الوزارات بقرارات لا بقوانين وزال نهائيا كل اعتراض على هذا الاجراء .

وقد يبدو الأمر فيما يتعلق بانشاء الوزارات بقوانين فى بعض الدول متعارضا مع المبدأ المسلم به فى علم التنظيم الذى يجعل تنظيم الجهاز الادارى من اختصاص الرئيس الادارى الأعلى (وهو بالنسبة للجهاز الحكومى مجلس الوزراء أو رئيس الدولة على حسب الأحوال) . غير أنه يجب أن يلاحظ مع ذلك أمران :

(الأول) أن انشاء وزارات جديدة يتطلب دائما نفقات جديدة واعتمادات مالية جديدة . وموافقة البرلمان على هذه النفقات والاعتمادات أمر حتمى فى كل نظم الحكم المعروفة .

(الثانى) أن سلطة القيادة التى تمثل الرئاسة العليا بالنسبة للجهاز الحكومى لا تتكون من مجلس الوزراء وحده فى الدول البرلمانية ، أو من رئيس الدولة وحده فى الدول الرئاسية لأن السلطة التشريعية تشترك فى الاضطلاع بوظائف القيادة بنصيب فى الدول البرلمانية والرئاسية على السواء . ذلك لأن الأعمال الرئيسية التى يضطلع بها مجلس الوزراء أو رئيس الدولة فى مباشرة وظائف القيادة يجب لنفاذها فى معظم الأحيان أن تصدر فى صورة قوانين تحمل موافقة البرلمان كما هو الحال بالنسبة للميزانية وانشاء الوزارات وتنظيم شئون الموظفين .

غير أن هذا لا ينفى أن رئيس الدولة فى الدول الرئاسية ومجلس الوزراء فى الدول البرلمانية هو الذى يباشر فعلا وظائف القيادة ، وهو الذى يعد القوانين التى تستلزمها مباشرة هذه الوظائف ، وان دور البرلمان فى هذا الشأن يكاد يقتصر فى معظم الأحيان على اقرار مشروعات القوانين التى تعرض عليه (١) .

ومع الاعتراف بضآلة الدور الذى تقوم به السلطة التشريعية فى الاضطلاع بوظائف القيادة ، فان الرأى متفق بين علماء التنظيم على أن التشريعات التى تصدر فى شئون التنظيم يجب أن تقتصر على الخطوط الرئيسية لهذا التنظيم دون الدخول فى التفصيلات التى يجب أن يترك أمرها للرئيس الادارى (٢) (سلطة القيادة فى النظام الحكومى) .

تنظيم العلاقة بين الوزارات : قدمنا أن كل وزارة تنشأ لتحقيق هدف معين أو للقيام بخدمات من نوع أو أنواع معينة . ومعنى هذا أن كل وزارة يكون لها هدف أو أهداف محددة واختصاصات محددة تخالف أهداف واختصاصات غيرها . لكن الوزارات جميعها هى بطبيعة تكوينها أجزاء فى جهاز ادارى واحد يعمل لخدمة أغراض الدولة كمجموع . ولهذا فان نجاح الجهاز الادارى فى الدولة فى تحقيق أغراضه يتوقف الى حد كبير على تنسيق أهداف الوزارات وأعمالها لتحقيق سياسة عليا واحدة هى السياسة العامة للدولة .

---

(١) ان السياسة العامة للدولة هى بلا نزاع سياسة مجلس الوزراء فى الدول البرلمانية أو رئيس الدولة فى الدول الرئاسية ولا يتصور بقاء مجلس الوزراء أو رئيس الدولة فى منصبه اذا لم يكن هو صاحب السياسة التى توجه الدولة . وفى هذا يقول Harold Laski أن السلطة التنفيذية (فى انجلترا) توجه السلطة التشريعية وهى صاحبة الرأى النهائى فى المسائل المالية final authority in finance وليس لأى عضو فى البرلمان أن يقترح اجراء ماليا financial measure أو يحاول زيادة التقديرات التى تضعها السلطة التنفيذية وان دائرة عمل عضو البرلمان فى نطاق المبادأة والابتكار ضيقة الى حد كبير (Laski المرجع السابق ص ٣٤٧) .

(٢) Arnold Miles & Alan Dean المرجع السابق ص ٤ و ٥

فنجاح وزارة الحربية مثلا فى تحقيق أهدافها لا يتوقف فقط على الجهود التى تبذلها فى اعداد الجيوش وتدريبها وتوفير الأسلحة التى تستلزمها الحروب ، وانما يتطلب فوق ذلك بذل جهود أخرى فى تنظيم الصناعة والعناية بالصحة العامة بما يوافق حاجات الدفاع ويكفل تزويد الجيوش بما يلزمها من أدوات ومواد مختلفة وموارد بشرية صالحة لخدمة الأغراض الحربية .

ولتحسين الصحة لا تكفى الجهود التى تبذلها وزارة الصحة فى علاج المرض ومقاومته ، وانما يتطلب تحقيق هذا الغرض جهودا أخرى تبذلها وزارات أخرى غير وزارة الصحة للنهوض بمستوى المعيشة وتوفير المساكن الصحية وتحسين حالة الشعب الاجتماعية .

وكذلك الحال بالنسبة لزيادة المقدرة الانتاجية فى المشروعات العامة والخاصة فانه لا يكفى لتحقيق ذلك ما تبذله وزارة الصناعة من مجهود لتنظيم المشروعات ذاتها وتحسين أساليب الادارة والعمل فيها . وانما يتطلب تحقيق هذا الغرض علاوة على ذلك النهوض بالتعليم الفنى والصناعى ، بل والتعليم العام والنظام الضرائبى وتوجيه التعليم الفنى والصناعى ونظام الضرائب نحو تحقيق أهداف الصناعة .

ومن جهة أخرى يتطلب حسن سير الجهاز الادارى كله ، ايجاد نوع من الانسجام أو التوافق بين أعمال الوزارات المختلفة حتى لا تصطدم جهود احداها بجهود الأخرى فيتعطل نشاطها جميعا ، أو تزيد أعباء كل وزارة ونفقاتها بسبب ذلك بدون مبرر . فأعمال وزارة المواصلات بثلا فى انشاء طرق المواصلات قد تتعارض مع أعمال وزارة الأشغال فى شق الترع وانشاء المصارف . وقد تتعارض برامج المشروعات التى تضعها الوزارة المختصة بانشاء المبانى الحكومية مثلا مع مشروعات الوزارة المختصة بانشاء مساكن شعبية أو ساحات شعبية أو مساكن للعمال وهكذا . ومن شأن مثل هذا التعارض إذا وجد أن يعطل سير الجهاز كله .

ومن هذا كله يتبين أنه يجب لضمان حسن سير الجهاز الادارى فى الدولة كمجموع ايجاد صلة بين الوزارات تتناول الأهداف كما تتناول النشاط ذاته . أو بعبارة أخرى أن تنظيم الجهاز الادارى يتطلب ضمان التنسيق بين أهداف الوزارات وأغراضها من ناحية وبين أوجه نشاطها المختلفة من ناحية .

ومهمة التنسيق بين أهداف الوزارات وأوجه نشاطها تتولاها سلطة القيادة فى كل دولة . فالتنسيق بين أهداف الوزارات وأغراضها يتم عن طريق البرنامج العام أو السياسة العامة الموحدة التى ترسمها سلطة القيادة وتراعى فيها حاجات الدولة كلها كمجموع ، ويفرض على كل وزارة – فى رسم سياستها وتحديد أهدافها الخاصة – واجب التزام حدود هذه السياسة العامة التى ترسمها سلطة القيادة .

أما التنسيق بين أوجه النشاط المختلفة للوزارات فيتم عن طريق لجان وزارية تضم وزراء أو ممثلى الوزارات ذات الشأن للاتفاق على تنسيق الأعمال أو حل المنازعات التى تنشأ بينها ، وتتولى السكرتارية العامة عادة تنظيم هذه الاجتماعات والدعوة اليها واعداد جدول أعمالها واعداد التقارير الخاصة بالمسائل المعروضة عليها واخطار الجهات المختصة بقراراتها .

ونظام اللجان الوزارية معمول به فى انجلترا منذ أوائل القرن التاسع عشر ولا يزال الى اليوم الأسلوب الطبيعى الذى يسير عليه العمل فى مجلس الوزراء ، ويرأس هذه اللجان رئيس مجلس الوزراء ويتولى حل الخلافات التى قد تنشأ بين الوزارات . وتقتصر مهمة هذه اللجان فى بعض الأحيان على دراسة المسائل التى تعرض عليها تمهيدا لعرض ما تقرره بشأنها على مجلس الوزراء ، وقد يكون لها سلطة البت فى المسائل التى تحال اليها بتفويض من مجلس الوزراء . ويلزم مجلس الوزراء الوزارات بالاتصال ببعضها لمنع قيام خلاف بشأن المسائل ذات الصلة بأكثر من وزارة (١) .

---

(١) Frederic Austin Ogg : English government and Politics 1947 P. 150; Jennings : Cabinet government 1951 P. 131 et 238.

المبحث الثاني

التنظيم الداخلى للوزارات

الأصل أن الرئيس – فى كل مشروع – هو الذى يتحمل مسئولية نجاح العمل فيه ، غير أنه لكى يتحمل الرئيس هذه المسئولية كاملة يجب منحه السلطة الكافية لادارة المشروع وتنظيمه بمطلق حريته . ذلك لأن السلطة والمسئولية أمران متلازمان كما يقول علماء التنظيم فمن لا يملك سلطة العمل وحرية التصرف لا يمكن أن يتحمل مسئوليته وعلى قدر السلطة التى تمنح للرئيس تكون مسئوليته (١) .

وفى تنظيم الدولة تقع مسئولية نجاح العمل فى الجهاز الادارى كله كمجموع على عاتق سلطة القيادة ، كما تقع مسئولية نجاح العمل فى الأقسام الادارية الرئيسية (الوزارات) على عاتق رؤساء هذه الأقسام وهم الوزراء .

ويجب طبقا لمبادىء علم التنظيم أن تركز سلطة الادارة والتنظيم بالنسبة للجهاز الادارى كله بيد سلطة القيادة ، كما تركز سلطة الادارة والتنظيم بالنسبة لكل وزارة بيد رئيسها وهو الوزير .

وأهم ما يجب أن تشمله سلطة الرئيس :

١ – سلطة تحديد عدد الوحدات الادارية التى يعهد اليها بمباشرة النشاط الادارى وتحديد اختصاصاتها وتوزيع الاختصاصات بينها .

٢ – سلطة اختيار أساليب وطرائق العمل .

٣ – سلطة اختيار الأشخاص الذين يعهد اليهم بالعمل فى هذه الوحدات وعزلهم وتحديد اختصاصاتهم (٢) .

---

(١) Pasdermadjian المرجع السابق ص٢٢٤ . وأنظر أيضا :

Arnold Miles & Alan Dean : Issues & Problems in the administrative arganization of National governments P. 3.

(٢) المرجع السابق ص ٧

ويستفاد من هذا أن سلطة انشاء الوزارات وتوزيع الاختصاصات بينها يجب أن تكون بيد سلطة القيادة ، كما أن سلطة تحديد الأقسام والادارات التى تتكون منها كل وزارة يجب أن تكون بيد الوزير . وكذلك الحال بالنسبة لتعيين الموظفين وعزلهم .

غير أنه يلاحظ أن السلطة التشريعية تتدخل فى معظم الدول فى انشاء الوزارات وتوزيع الاختصاصات بينها وفى تنظيم شئون الموظفين . كما أن التنظيم الداخلى للوزارات يتم فى بعض الدول بقوانين ، بينما يترك أمر التنظيم الداخلى فى البعض الآخر لكل وزارة تنظم شئونها بنفسها فى حدود الاعتمادات المالية المقررة [1] .

ومع ذلك فان الاتجاه الحديث فى معظم الدول يميل بوجه عام نحو توسيع سلطات رئيس السلطة التنفيذية بما يتفق مع مسئولياته وقصر عمل المشرع فى مسائل التنظيم الادارى وشئون الموظفين على تقرير الأسس والمبادىء العامة دون التعرض للتفصيلات الجزئية .

والتنظيم الداخلى للوزارات يشمل تقسيمها الى وحدات توزع بينها الاختصاصات ، وترتيب هذه الوحدات فى درجات يعلو بعضها فوق بعض ويراقب الأعلى منها الأدنى فى الدرجة ، وتنسيق العمل بينها ، وتنظيم الرقابة على أعمالها كلها كمجموع .

وفى معظم الدول تقسم الوزارات الى أقسام رئيسية [2] ، ثم تقسم هذه الأقسام الى أقسام أخرى فرعية ، وهكذا حتى ينتهى الأمر الى أصغر الوحدات نطاقا وأدناها درجة .

---

(١) Thomas Doyle Kingdom المرجع السابق ص٦٥

(٢) يطلق على الأقسام الرئيسية فى فرنسا اصطلاح Directions ، وفى أمريكا Bureaux ، وفى سويسرا Divisions ، وفى انجلترا Divisions ، Departments ، (أنظر Pasdermadjian المرجع السابق ص ١٠٤)

وفى أمريكا تقسم الادارات الرئيسية Bureaux الى أقسام فرعية تسمى divisions أو units أو Branches أو sections على حسب الظروف (أنظر Ferguson & Mc Henry المرجع السابق ص ٣٦٠)

ويجب أن يراعى فى تحديد عدد الوحدات الادارية فى كل وزارة مقدرة الرئيس على الاشراف والتوجيه وتحمل مسئولية العمل فى كل منها .

فالوحدات الدنيا يراعى فى تحديد عددها مقدرة رئيس كل وحدة من هذه الوحدات على الاشراف التام على عمل موظفى هذه الوحدة . ويكاد الرأى يتفق على أن رئيس الوحدة الادارية فى أدنى الدرجات يستطيع أن يشرف على ما يقرب من عشرة موظفين اشرافا تاما .

ويشترط فى الرئيس الادارى فى كل درجة من درجات التنظيم الادارى أن يكون ملما الماما تاما بالعمل الذى يقوم به مرءوسوه بحيث يستطيع أن يرشدهم فى أعمالهم ويصحح أخطاءهم ، ويكون لهم بمثابة المساعد الذين يشعرون بالحاجة اليه فى عملهم .

ونظرا لتعدد الأقسام والوحدات فى كل وزارة وتوزيع الاختصاصات بينها ، فان تنسيق العمل بين الأقسام والادارات المختلفة يقتضى ايجاد أداة تتولى هذا التنسيق ، وهذه هى ادارة السكرتارية العامة التى لا يجوز أن تخلو منها وزارة (١) .

ولكى يتمكن الوزير من مباشرة وظيفته كرئيس ادارى أعلى فى وزارته يجب أن تنشأ فى كل وزارة هيئات ادارية تزوده بالبحوث والدراسات والبيانات والمعلومات التى تلزم لتمكين الوزير من توجيه العمل فى وزارته ومراقبته مراقبة جدية ، ومن أهم هذه الهيئات ادارة التنظيم

---

(١) أنشئت فى فرنسا لهذا الغرض سكرتارية عامة للقوات المسلحة وسكرتارية عامة للشئون الخارجية وأنشئت فى بعض الوزارات سكرتارية لتنسيق نوع معين من النشاط مثال ذلك سكرتير عام للطيران المدنى والتجارى بوزارة الأشغال والنقل . أنظر :

Lucien Paoli : Les techniques et les methodes d'arganisation du travail gouvernementale en France (rev. Int. des sciences administratives 1952 No. 3 P. 530 et suiv.

وطرائق العمل وتكون عادة فرعا من فروع ادارة التنظيم وطرائق العمل الرئيسية التى تعاون سلطة القيادة (رئيس الدولة أو رئيس مجلس الوزراء) [1].

ويعنى علماء التنظيم بالاشارة بصفة خاصة الى وسائل تحقيق مراقبة الوزير على أعمال الوزارة وأهمها التقارير عن أعمال كل قسم وكل ادارة وكل وحدة .

ويرى علماء التنظيم أن العناية بتنظيم طريقة اعداد هذه التقارير وكيفية تقديمها وتحديد مواعيدها تكفل الى حد كبير أحكام الرقابة على عمل الوزارة.

أما الرقابة عن طريق الحاق موظف فى خدمة الرئيس تكون مهمته معاونته ومراقبته فى نفس الوقت ، فهى من أسوأ طرق الرقابة وأخطرها أثرا على سلامة العمل الادارى [2] .

---

(1) تشمل الهيئات التى تعاون الوزير فى أمريكا وتقدم له البحوث والدراسات والبيانات ما يلى :

1. Under Secretaries, assistant secretaries and administrative assistants.
2. Staff office.

(Ferguson & Mc Henry المرجع السابق ص ٣٥٨) .

(2) راجع فى وصف هذه الطريقة وبيان خطرها وسوء أثرها على سلامة التنظيم الادارى Pasdermadjian المرجع السابق ص ٢٣٧

الباب الثانى

الوزارات وتنظيمها فى الجمهورية العربية المتحدة

الاختصاصات الادارية المركزية فى كل من الاقليمين المصرى والسورى موزعة بين أقسام ادارية رئيسية هى الوزارات . غير أن هذه الوزارات لا تباشر فى الوقت الحاضر جميع اختصاصات الادارة المركزية لأن جزءا هاما منها تتولاه مؤسسات عامة تعمل تحت اشراف ورقابة الوزارات أو رئيس الجمهورية على حسب الأحوال .

والوزارات عنصر أساسى رئيسى فى تكوين الجهاز الادارى فى مصر ، أشار اليها دستور سنة ١٩٥٦ فى نصوص قاطعة الدلالة فى هذا الشأن حيث تكلم فى الباب الرابع عن السلطات ، وقسم هذا الباب الى أربعة فصول خصص الفصل الثالث منها للسلطة التنفيذية ، وقسم هذا الفصل الى أربعة فروع خصص الفرع الأول منها للأحكام الخاصة برئيس الجمهورية ، والفرع الثانى للأحكام الخاصة بالوزراء . وفى هذا الفرع الأخير أشار المشرع الدستورى الى الوزارات صراحة فى المادة ١٤٧ منه بقوله « يتولى كل وزير الاشراف على شئون وزارته ، ويقوم بتنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها » .

وبالرغم من أن الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة لا يتضمن كل الأحكام التى تتضمنها الدساتير عادة (نظرا لطبيعته الخاصة بوصفه دستورا مؤقتا) ، الا أنه عنى مع ذلك بالنص صراحة على الوزراء والوزارات فى المادة ٤٧ منه بقوله : « يعين رئيس الجمهورية الوزراء ويعفيهم من مناصبهم ، ويتولى كل وزير الاشراف على شئون وزارته ويقوم بتنفيذ السياسة العامة التى يضعها رئيس الجمهورية » .

ويستفاد من النص صراحة فى الدستور على الوزارات دون المؤسسات العامة أن الوزارات هى الأقسام الادارية الرئيسية فى الجمهورية العربية المتحدة .

ومع ذلك فانه يلاحظ أن الاتجاه فى مصر يميل نحو منح حق مباشرة الاختصاصات الادارية لهيئات ادارية مستقلة عن الوزارات تنشأ فى صورة مؤسسات عامة لا تخضع فى مباشرة اختصاصاتها للقواعد المالية والادارية التى تحكم الوزارات ، وانما يوضع لكل منها نظام مالى وادارى خاص تباشر عملها وفقا لأحكامه متحررة من سلطان القواعد المالية والادارية الخاصة بالوزارات .

وقد زاد عدد المؤسسات العامة التى أنشئت فى مصر فى السنوات الأخيرة زيادة كبيرة وزاد نطاق الاختصاصات التى تباشرها الى حد يكاد يؤثر على مركز الوزارات بوصفها الأقسام الادارية الرئيسية فى الدولة .

فالسكك الحديدية والتلغراف والتليفون والبريد تديرها اليوم مؤسسات عامة لا وزارة المواصلات .

وتنمية الاقتصاد القومى ووضع البرامج الاقتصادية لتحقيق هذا الغرض ووضع سياسة استثمار أموال الدولة فى المؤسسات والشركات العامة والاشراف على المؤسسات العامة وتوجيهها أصبح من اختصاص مؤسسة عامة هى المؤسسة الاقتصادية .

وتوجيه الشباب ورعايته أصبح من اختصاص مؤسسة عامة هى المجلس الأعلى لرعاية الشباب والتربية الرياضية .

وتنمية الصادرات ووضع البرامج اللازمة لذلك أصبح من اختصاص الهيئة العامة لتنمية الصادرات (قرار رئيس الجمهورية فى ١٧ سبتمبر ١٩٥٧ وقائع ع ٧٤ فى ٢٣ سبتمبر ١٩٥٧) ، وتنفيذ برنامج السنوات الخمس للصناعات عهد به الى مؤسسة عامة كذلك . هذا عدا مؤسسات عامة أخرى عديدة نكتفى بالاشارة اليها .

ويسير الأمر فى الاقليم السورى فى نفس الاتجاه الآن ، فقد أنشئت به أخيرا عدة مؤسسات عامة عهد اليها بادارة الكثير من المرافق العامة .

ولكننا نستطيع أن نقرر من الآن أن المغالاة فى التحرر من القواعد الادارية والمالية الخاصة بالوزارات ، والمغالاة فى الاتجاه نحو اللامركزية الادارية كالمغالاة فى التقيد بقواعد الروتين الحكومى المتبع فى الوزارات والمغالاة فى تركيز السلطة الادارية بيد الرئيس الادارى كلاهما لا يخلو من الضرر .

المبحث الأول

اختصاصات الوزارات وعددها فى الجمهورية العربية المتحدة

قبل توحيد مصر وسوريا كان يوجد فى مصر سبع عشرة وزارة هى وزارات الأوقاف ، والخارجية ، والتربية والتعليم ، والداخلية ، والصحة العمومية ، والشئون البلدية والقروية ، والعدل ، والأشغال العمومية ، والزراعة ، والمواصلات ، والحربية ، والشئون الاجتماعية والعمل ، والتموين ، والارشاد القومى ، والمالية والاقتصاد ، والتجارة ، والصناعة .

وبعد اعلان الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة صدر فى ٦ مارس سنة ١٩٥٨ قرار بتعيين نواب رئيس الجمهورية ووزراء ونواب وزراء فى الجمهورية العربية المتحدة .

ويستخلص من هذا القرار فيما يتعلق بالوزارات أنه أصبح للجمهورية العربية المتحدة بمقتضى النظام الذى أقره هذا القرار :

(أولا) ست وزارات موحدة للاقليمين معا هى وزارات : الحربية ، والتربية والتعليم ، والأوقاف ، والارشاد القومى ، والخارجية ، والصناعة .

(ثانيا) عشر وزارات متماثلة فى كل من الاقليمين المصرى والسورى وهى وزارات : الداخلية ، والشئون الاجتماعية والعمل ، والصحة العمومية ، والعدل ، والأشغال العمومية ، والاقتصاد والتجارة ، والخزانة ، والشئون البلدية والقروية ، والمواصلات ، والزراعة .

وظل العمل جاريا وفقا لهذا النظام لغاية ٧ من أكتوبر سنة ١٩٥٨ حيث صدر فى هذا التاريخ ثلاثة قرارات جمهورية : قرار بتأليف الحكومة المركزية ، وقرار بتأليف المجلس التنفيذى للاقليم المصرى ، وقرار بتأليف المجلس التنفيذى للاقليم السورى .

ويستخلص من هذه القرارات أن الوزارات القائمة فى الجمهورية العربية المتحدة أصبحت كما يلى :

١ — وزارة مركزية للتخطيط القومى عهد برئاستها الى أحد نواب رئيس الجمهورية . ووزارة تنفيذية للتخطيط بالاقليم السورى عهد برئاستها بطريق الانتداب الى رئيس المجلس التنفيذى للاقليم السورى .

٢ — ثلاث وزارات موحدة للجمهورية العربية المتحدة هى : وزارات الحربية ، والخارجية ، والأوقاف .

٣ — وزارة مركزية للتموين .

٤ — أربع عشرة وزارة متماثلة فى كل من الحكومة المركزية والاقليم المصرى والاقليم السورى بمعنى أنه يوجد من كل منها ثلاث وزارات : وزارة مركزية ، ووزارة تنفيذية للاقليم المصرى ، ووزارة تنفيذية للاقليم السورى . وهذه الوزارات المتماثلة هى : وزارات العدل ، والداخلية ، والتربية والتعليم ، والشئون الاجتماعية والعمل ، والاقتصاد ، والزراعة ، والاصلاح الزراعى ، والخزانة ، والثقافة والارشاد القومى ، والمواصلات ، والصحة ، والشئون البلدية والقروية ، والأشغال العمومية ، والصناعة .

ويبدو أن البحث فى تحديد عدد الوزارات وتحديد أهدافها واختصاصاتها لم يلق الى الآن ما يستحقه من عناية . ويبدو كذلك أن الأمر فى هذا الشأن لا يقوم الى الآن على أساس علمى سليم .

اختصاصات الوزارات المركزية والوزارات التنفيذية :

فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨ صدر قرار جمهورى فى شأن توزيع الاختصاصات ونظام العمل فى الحكومة المركزية والمجلسين التنفيذين . وحددت فى هذا القرار اختصاصات كل من الوزير المركزى والوزير التنفيذى على الوجه الآتى :

الوزير المركزى :

(ا) يشرف على شئون وزارته ، وعلى تنفيذ السياسة العامة التى يضعها رئيس الجمهورية (م ١) .

(ب) يقدم لرئاسة الجمهورية مشروعات القوانين ومشروعات القرارات المالية والقرارات التنفيذية الخاصة باقليمى الجمهورية (م ٦ فقرة ١) .

والوزير التنفيذى :

(ا) ينفذ السياسة العامة للحكومة ، كما ينفذ القوانين واللوائح فى جميع أعمال الوزارة فى الاقليم ، ويسأل عن حسن سير هذه الأعمال أمام رئيس الجمهورية (م ٥) .

(ب) ينفذ البرامج التخطيطية التى يضعها الوزير المركزى بعد اعتمادها من رئيس الجمهورية . ويقدم للوزير المركزى تقارير دورية عن مدى سير المشروعات التى وضعت لها هذه البرامج وما تم فيها (م ٦ فقرة ٣) .

وهذه النصوص صريحة فى أن النظام الحالى للوزارات فى الجمهورية العربية المتحدة يقوم على أساس انشاء وزارات مركزية على رأس كل منها

وزير مركزى ، ووزارات تنفيذية فى كل من الاقليمين المصرى والسورى على رأس كل منها وزير تنفيذى (١) .

ويترتب على اقرار النظام بالنسبة للوزارات فى الجمهورية العربية المتحدة على هذا الأساس أن الاختصاصات التى تتقرر لكل وزارة من وزارات الدولة فى النظم الادارية العادية التى تأخذ بها الدول بوجه عام تصبح موزعة فى الجمهورية العربية المتحدة بين وزارتين : وزارة مركزية تختص بالاشراف ووضع البرامج ، ووزارة تنفيذية تتولى تنفيذ السياسة العامة التى يرسمها رئيس الجمهورية ، وتنفيذ البرامج التى تضعها الوزارة المركزية بعد اعتمادها من رئيس الجمهورية ، كما تتولى ادارة حركة العمل فى الوزارة .

ويلاحظ على النظام الحالى للوزارات فى الجمهورية العربية المتحدة :

(أولا) أن كلا من الوزير المركزى والوزير التنفيذى مسئول عن عمله — بصريح النص — أمام رئيس الجمهورية . وأن البرامج التى يضعها الوزير المركزى لا تصبح ملزمة للوزير التنفيذى وبالتالى لا تكون قابلة للتنفيذ فى الوزارة التنفيذية الا بعد اعتمادها من رئيس الجمهورية . وتأسيسا على هذا يمكن القول بأن اختصاصات رئيس الجمهورية وسلطاته لا تقتصر فقط على رسم السياسة العامة للدولة ، ولكنه يباشر الوظيفة الادارية فعلا فى محيط الوزارات المختلفة ، ويعتبر رئيسا اداريا أعلى يشغل قانونا وفعلا الدرجة العليا فى السلم الادارى ويخضع الوزراء التنفيذيون لسلطته الرئاسية .

(ثانيا) أن الوظيفة الادارية بالنسبة للهدف المحدد لكل وزارة تشمل بطبيعتها رسم السياسة الادارية لهذه الوزارة ووضع البرامج العامة وتنفيذها

---

(١) يستثنى من ذلك طبعا الوزارات الموحدة التى سبقت الاشارة اليها فانه يقوم على رأس كل وزارة منها وزير واحد يشمل اختصاصه بالنسبة لهذه الوزارة اختصاصات الوزير المركزى والوزير التنفيذى على السواء .

والاشراف على التنفيذ . وهذه الوظيفة موزعة فى النظام الحالى بين الوزارة المركزية والوزارة التنفيذية . واشتراك الوزارتين المركزية والتنفيذية فى مباشرة وظيفة ادارية واحدة لتحقيق هدف ادارى واحد هو الهدف المحدد للوزارة (المواصلات أو الاقتصاد والتجارة أو الخزانة ... الخ) . هذا الاشتراك كان يقتضى أن تكون الرئاسة فى الوزارتين واحدة وأن تركز السلطة العليا فى مباشرة الوظيفة الادارية كاملة فى يد واحدة .

وقد توهم النصوص الحالية بأن هذا الشرط غير متوافر فى النظام الحالى لأن الوزير المركزى لا يعتبر رئيسا للوزير التنفيذى ولا يملك ازاءه أية سلطة قانونية . فالوزير التنفيذى لا يسأل عن عمله أمام الوزير المركزى وانما يسأل فقط أمام رئيس الجمهورية . وكل ما تفرضه النصوص على الوزير التنفيذى فى علاقته بالوزير المركزى لا تتجاوز ما نصت عليه الفقرة الثالثة من المادة السادسة من القرار الصادر فى شأن الاختصاصات ، وهو أن الوزير التنفيذى يقدم للوزير المركزى تقارير دورية عن مدى سير المشروعات وبيان ما تم فيها .

غير أننا نرى مع ذلك أن الشرط الذى سبقت الاشارة اليه متوافر فى النظام الحالى فى صورة أخرى نود أن نلفت النظر اليها . ذلك لأن رئيس الجمهورية فى ظل النظام الحالى هو الرئيس الادارى الأعلى الذى يشغل أعلى درجات السلم الادارى قانونا وفعلا ، وهو على هذا الأساس السلطة الادارية العليا التى تجمع فى يدها حق مباشرة الوظيفة الادارية كاملة بالنسبة للوزارات . أما وظيفة الوزير المركزى فتقتصر على معاونة رئيس الجمهورية فى مباشرة هذه الوظيفة .

(ثالثا) ويلاحظ أخيرا أن كثيرا من النصوص المقررة فى شأن الوزراء والوزارات لم تعد قابلة للتطبيق فى ظل النظام الحالى .

فمرسوم ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢ مثلا الذى حدد اختصاصات الوزير وقصرها على وضع السياسة العامة للوزارة والاشراف على تنفيذها ومراقبة سير العمل فى الوزارة . هذا النص لا يمكن تطبيقه بالنسبة للوزير التنفيذى

لأنه يبدو أن هذا الوزير لم يعد يملك هذا الاختصاص فى ظل النظام الحالى ، ولا يمكن تطبيقه كذلك بالنسبة للوزير المركزى لأنه لا يعتبر رئيسا للوزير التنفيذى ولا يملك فرض ارادته عليه كما سبق البيان .

وكذلك لم يعد من الممكن تطبيق بعض القرارات الصادرة فى شأن تنظيم بعض الوزارات كالقرار الصادر بتنظيم وزارة الشئون الاجتماعية والعمل فى الاقليم السورى مثلا . فقد نصت المادة الثانية فقرة ب من هذا القرار على أن « الوزير هو المرجع الأعلى فى الوزارة فى التوجيه وتقرير الخطط والمناهج وفى الاشراف على سير الأعمال ومراقبة تنفيذها ضمن أحكام القوانين والأنظمة » . ذلك لأن وضع الخطط والمناهج أصبح الآن من اختصاص الوزير المركزى . وعلى هذا فلا ينطبق النص على الوزير التنفيذى فى هذا الشأن ، ولأن الوزير المركزى ليس هو المرجع الأعلى فى ذلك وانما المرجع الأعلى هو رئيس الجمهورية . وعلى هذا فلا ينطبق النص على الوزير المركزى أيضا .

المبحث الثانى

انشاء الوزارات

لم يجر العمل فيما يتعلق بانشاء الوزارات فى مصر وفقا لقاعدة واحدة فبعض الوزارات أنشئت بقانون أو بأمر عال فى قوة القانون ، وبعضها أنشىء بمرسوم أو بقرار جمهورى . بل ان بعض هذه الوزارات أنشىء فى الماضى بدون سند قانونى خاص اكتفاء بتعيين وزير للوزارة المراد انشاؤها فى المرسوم الصادر بتشكيل الوزارة . وهذا هو ماحدث فعلا بالنسبة لوزارتى التموين والوقاية فى سنة ١٩٤٠ فلم يصدر بانشاء هاتين الوزارتين فى ذلك التاريخ لا قانون ولا مرسوم خاص . وانما تضمن المرسوم الصادر بتشكيل الوزارة فى ٢١ يونيه سنة ١٩٤٠ تعيين وزير للوقاية المدنية ووزير للتموين . والغيت هاتان الوزارتان بعد ذلك ومعهما وزارة الشئون الاجتماعية بنفس الطريقة ، فلم يصدر قانون

ولا مرسوم خاص بهذا الالغاء وانما اقتصر الأمر فى هذا الشأن على أن الرئيس الذى عهد اليه بتشكيل الوزارة الجديدة أشار فى الخطاب الذى رفعه الى الملك (فى ذلك الوقت) بقبول تشكيل الوزارة الى ما تراه الوزارة الجديدة من وجوب الغاء وزارات التموين والوقاية والشئون الاجتماعية تحقيقا لسياسة الاقتصاد فى المصروفات . وصدر المرسوم الملكى بتشكيل الوزارة فى ٦ فبراير سنة ١٩٤٢ على هذا الأساس دون أن يرد به ذكر لهذه الوزارات الثلاثة . لكن الوزارة عدلت بعد ذلك عن رأيها فى شأن هذه الوزارات فصدر المرسوم الخاص باعادة تشكيل الوزارة فى ٢٤ مايو سنة ١٩٤٢ متضمنا تعيين ثلاثة وزراء لهذه الوزارات .

ومما هو جدير بالملاحظة فى هذا الصدد أن مرسوم تشكيل الوزارة الذى صدر فى ١٣ يناير سنة ١٩٥٠ نص على تعيين وزير للاقتصاد الوطنى ووزير للشئون البلدية والقروية قبل أن يصدر المرسوم الخاص بانشاء هاتين الوزارتين (صدر المرسوم الخاص بانشاء وزارة الشئون البلدية والقروية فى ٧ فبراير سنة ١٩٥٠ ، وصدر المرسوم الخاص بانشاء وزارة الاقتصاد الوطنى فى ٦ مارس سنة ١٩٥٠) .

ويلاحظ كذلك بالنسبة لانشاء الوزارات فى الوقت الحاضر :

١ — أن قرار رئيس الجمهورية بتعيين وزير لوزارة الاقتصاد والتجارة ووزير لوزارة الخزانة فى كل من الاقليمين المصرى والسورى . هذا القرار صدر فى تاريخ سابق على تاريخ القرار الصادر بتحويل وزارة المالية والاقتصاد ووزارة التجارة الى وزارة للاقتصاد والتجارة ووزارة للخزانة.

صدر القرار الأول فى ٦ مارس سنة ١٩٥٨ ، والثانى فى ٢٥ مارس سنة ١٩٥٨ . غير أنه يلاحظ مع ذلك أن التنظيم الجديد لوزارتى الاقتصاد والتجارة ووزارة الخزانة لا يعتبر انشاء لوزارتين جديدتين ، لأن الأمر فى هذا الشأن لا يعدو فى نظرنا أن يكون توزيعا للاختصاصات الوزارية بين وزارات موجودة فعلا مع تغيير أسماء بعض الوزارات .

٢ ــ ان انشاء الوزارات المركزية فى النظام الحالى تم بصدور قرار رئيس الجمهورية بتعيين وزراء مركزيين . وصدر هذا القرار فى تاريخ سابق على تاريخ القرار الذى حدد اختصاصات الوزراء المركزيين . وقبل اعتماد ميزانية للوزارات المركزية (قرار تعيين الوزراء المركزيين صدر فى ٧ أكتوبر سنة ١٩٥٨ ، وقرار تحديد الاختصاصات صدر فى ٢٦ أكتوبر سنة ١٩٥٨) .

وفى رأينا أن انشاء الوزارات وان كان يدخل فى اختصاص السلطة التنفيذية وفقا لمبادىء علم التنظيم التى سبقت الاشارة اليها ، الا أن الأوضاع الدستورية والقانونية تقضى فى كثير من الدول باشتراك السلطة التشريعية فى مباشرة معظم اختصاصات سلطة القيادة وقد أشرنا الى ذلك فيما تقدم . ذلك لأن رسم السياسة العامة للدولة وتنظيم شئون الموظفين مثلا يدخل فى اختصاص سلطة القيادة الا أن المشرع يشترك فى مباشرة هذه الاختصاصات عن طريق اصدار تشريعات بشأنها . غير ان صدور مثل هذه التشريعات لا ينفى أن السياسة العامة للدولة أو القواعد الأساسية فى تنظيم شئون الموظفين هى فى حقيقتها من وضع سلطة القيادة لا الهيئة التشريعية ، وان دور السلطة التشريعية فى الاشتراك فى مباشرة هذا الاختصاص لا يكاد يتعدى اقرار السياسة التى ترسمها سلطة القيادة والقواعد الأساسية التى تضعها (هذه السلطة) .

وفى مصر كان دستور سنة ١٩٢٣ ينص فى المادة ٤٤ منه على أن الملك يرتب المصالح العامة . واتخذ هذا النص سندا للقول بأن السلطة التنفيذية تملك انشاء الوزارات بمراسيم ، وأنه لا يلزم صدور قوانين بانشاء الوزارات. وكان رأينا فى هذا الصدد أن هذا النص انما يتكلم عن تنظيم المرافق العامة لا انشائها . وان انشاء الوزارة لا يكون منتجا الا بعد موافقة البرلمان على الاعتمادات المالية اللازمة لها ، وأنه يجب لذلك أن يكون انشاء الوزارات بقوانين [١] .

---

[١] راجع تفصيلا أوفى فى كتابنا المرافق العامة طبعة سنة ١٩٥٢ ص ١٢٨ وما بعدها .

وفى دستور جمهورية مصر تنص المادة ١٣٧ على ما يأتى :

« يصدر رئيس الجمهورية القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة ويشرف على ادارتها » .

وقد استندت الحكومة الى هذا النص فى انشاء وزارتى الصناعة والتجارة بقرار من رئيس الجمهورية فى أول يوليه سنة ١٩٥٦ (سبقت الاشارة الى هذا القرار) . وقد تكرر نفس النص بنفس الصيغة فى المادة ٥٤ من الدستور المؤقت للجمهورية العربية المتحدة .

غير أننا نرى مع ذلك أن هذا النص انما يقصد التنظيم لا الانشاء ، وان التنظيم الذى أشار اليه يشمل انشاء المصالح العامة التى تتكون منها الوزارات وتوزيع الاختصاصات بينها ، كما يشمل تحديد اختصاصات الوزارات وتوزيع الاختصاصات بينها لكنه لا يشمل انشاء الوزارات .

ونرى كذلك أن انشاء وزارة جديدة يستلزم اقرار اعتمادات مالية جديدة وادخال تعديلات على قانون الميزانية بانشاء قسم خاص بها للوزارة الجديدة ، وموافقة مجلس الأمة لازمة فى كل هذه الحالات طبقا لنص المادتين ١٠١ ، ١٠٣ من دستور جمهورية مصر والمادتين ٣٢ ، ٣٣ من الدستور المؤقت . ومعنى هذا أن انشاء الوزارة يكون بقانون يوافق عليه مجلس الأمة . يؤيد هذا التفسير ان انشاء وزارة جديدة وتخويلها اختصاصات وسلطات محددة من شأنه المساس بالحريات الفردية التى كفلها الدستور وحرم المساس بها الا فى حدود القانون ، وهذا يستلزم أن يكون انشاء الوزارات بقوانين .

لهذا كله لا نزال عند رأينا الذى أعلناه فى ظل دستور سنة ١٩٢٣ وهو أن انشاء الوزارات من الناحية الدستورية والقانونية يجب أن يتم بقوانين.

---

(١) راجع هذه الأحكام فى كتابنا دروس القانون الادارى — السلطة الادارية ص ٣١١

ويلاحظ على القرارات التي صدرت أخيرا بشأن تنظيم وانشاء الوزارات في الجمهورية العربية المتحدة أن معظمها صدر في صورة قرارات ادارية واثنين منها فقط صدرا في صورة قرارات بقوانين .

ففي ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٨ صدر بشأن تنظيم وزارة الارشاد القومي (في مصر) قرار من رئيس الجمهورية (الجريدة الرسمية ع ١٧ في ١٩٥٨/٧/٣) . وفي ٦ يونيه سنة ١٩٥٨ صدر قرار جمهوري بتعديل تسمية هذه الوزارة الى « وزارة الثقافة والارشاد القومي » .

وفي ١٣ مارس (آذار) سنة ١٩٥٨ صدر قرار من رئيس الجمهورية « بتنظيم وزارة الشئون البلدية والقروية بالاقليم الشمالي » (نشرة مارس ١٩٥٨ ص ٤١٣) .

وفي ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ صدر قرار من رئيس الجمهورية « في شأن تنظيم وزارة الخزانة ووزارة الاقتصاد والتجارة في الاقليم السوري » (نشرة مارس سنة ١٩٥٨ ص٤٢٠) . وفي نفس التاريخ صدر قرار جمهوري « في شأن تنظيم وزارة الخزانة ووزارة الاقتصاد والتجارة وادخال بعض التعديلات على اختصاصات الوزارات في الاقليم المصري » (نشرةمارس سنة ١٩٥٨ ص ٤١٠) .

وفي ٧ من أبريل سنة ١٩٥٨ صدر قرار رئيس الجمهورية « بشأن اختصاصات وزارة التخطيط القومي في الاقليم السوري وأقسامها » (في نشرة أبريل سنة ١٩٥٨ ص ٦٢٦) .

وفي نفس التاريخ (٧ من أبريل سنة ١٩٥٨) صدر قرار جمهوري آخر « في شأن تنظيم وزارتي الأشغال والمواصلات في الاقليم السوري والحاق بعض المصالح بوزارة الشئون البلدية والقروية في الاقليم السوري ووزارة الحربية » (ن . أبريل سنة ١٩٥٨ ص ٦٣٢) . وفي نفس التاريخ أيضا صدر قرار جمهوري « بتنظيم وزارة الأوقاف » (في أبريل سنة ١٩٥٨ ص ٦٣٥) .

وفى ١٣ من أبريل سنة ١٩٥٨ صدر قرار جمهورى « بتنظيم وزارة الداخلية بالاقليم السورى واختصاصات أجهزتها ومديرياتها وادارتها » (ن . أبريل سنة ١٩٥٨ ص ٦٣٨) .

غير أنه من ناحية أخرى صدر فى ٢٣ من نوفمبر سنة ١٩٥٨ قرار رئيس الجمهورية بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٥٨ « بشأن تنظيم وزارة الثقافة والارشاد القومى فى الاقليم السورى والحاق بعض الادارات بها » .

ونصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتى :

« تنشأ فى الاقليم السورى وزارة باسم « وزارة الثقافة والارشاد القومى » (جريدة رسمية ع ٣٩ فى ١٩٥٨/١٢/٤) .

وفى ٨ من ديسمبر سنة ١٩٥٨ صدر قرار رئيس الجمهورية العربية المتحدة بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٥٨ « بشأن تنظيم وزارة الصناعة فى الاقليم السورى والحاق بعض الادارات بها » (جريدة رسمية ع ٤٠ مكرر غير اعتيادى بتاريخ ١١-١٢-١٩٥٨) .

ونصت المادة الأولى من هذا القانون على ما يأتى :

« تحدث فى الاقليم السورى وزارة باسم وزارة الصناعة » .

ولنا الآن أن نتساءل لماذا صدرت معظم القرارات الجمهورية السابق ذكرها فى صورة قرارات ادارية بينما صدر القراران الأخيران فى صورة قرارات بقوانين ؟

فى رأينا أن السبب الذى تنطق به النصوص هو أن الأمر فيما يتعلق بوزارة الثقافة والارشاد القومى ، ووزارة الصناعة فى الاقليم السورى كان خاصا بانشاء

هاتين الوزارتين . بينما كان الأمر فيما يتعلق بباقى الوزارات خاصا بتنظيم هذه الوزارات فقط ، أى كان يتضمن فقط نقل مصالح وادارات من وزارة الى وزارة أخرى ، أو تكوين وزارة جديدة من مصالح وادارات كانت موجودة قبلا ولكنها كانت تابعة لوزارات أخرى

واذا كان هذا هو السبب الذى تنطق به النصوص فهل يجوز أن نستنتج من هذا أن اتجاه حكومة الجمهورية العربية المتحدة بدأ يميل فيما يتعلق بانشاء الوزارات الى الأخذ بالرأى الذى ندافع عنه ؟

ان مثل هذا الاستنتاج يبدو فى نظرنا منطقيا وسليما خصوصا اذا لاحظنا أن وزارتى الصناعة والارشاد لم يكن لهما وجود فى سوريا فى ظل قرار ٦ مارس سنة ١٩٥٨ ، وأن الدستور المؤقت ينص صراحة فى المادة ٥٤ منه على حق رئيس الجمهورية فى اصدار القرارات اللازمة لترتيب المصالح العامة . وكان هذا النص موجودا فى دستور جمهورية مصر بنفس الصيغة ، وكان موجود بمعناه فى دستور سنة ١٩٢٣ . وقد قلنا فيما تقدم أن هذا النص اتخذ فى الماضى سندا لتأييد الرأى القائل بحق السلطة التنفيذية فى انشاء الوزارات بقرارات دون حاجة للرجوع فى ذلك للسلطة التشريعية .

وبعد توحيد مصر وسوريا صدر القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٨ وهو ينص صراحة فى المادة الرابعة منه على أنه « تأخذ النصوص الواردة فى القوانين المعمول بها فى اقليم سورية بشأن ترتيب المصالح والمؤسسات العامة حكم القرارات الصادرات عن رئيس الجمهورية ، ويجوز الغاؤها أو تعديلها بقرارات منه » .

وطبقا لهذا النص يجوز لرئيس الجمهورية أن يعدل أو يلغى القوانين التى صدرت قبل ذلك فى شأن ترتيب المصالح العامة .

فاذا فرضنا أن نص المادة ٥٤ من الدستور المؤقت يجيز لرئيس الجمهورية انشاء الوزارات بقرارات لا قوانين ، فلم يكن هناك مطلقا

ما يدعو لاصدار قانون بانشاء وزارة الصناعة ووزارة الثقافة والارشاد القومى فى سوريا حتى ولو كان هذا الانشاء من شأنه أن يؤثر على أوضاع سبق تقريرها بقوانين ، لأن تعديل مثل هذه القوانين بل والغاؤها جائز بقرارات من رئيس الجمهورية طبقا لصريح نص المادة الرابعة من القانون رقم ١ لسنة ١٩٥٨ السابق الاشارة اليه .

وعلى هذا يكون من حق الباحث أن يتخذ من صدور قانونين بانشاء وزارتى الصناعة والثقافة والارشاد القومى فى سوريا سندا يؤيد القول بأن الاتجاه بدأ يميل فى الجمهورية العربية المتحدة الى الأخذ بالرأى القائل بوجوب انشاء الوزارات بقوانين .

ومع ذلك وبرغم كل ذلك فاننا لا نملك القطع بسلامة هذا الاستنتاج ، فقد يكون لاصدار هذين القانونين سبب آخر تعذر علينا الكشف عنه .

المبحث الثالث

التنظيم الداخلى للوزارات

لم تبذل فيما نعلم قبل قيام حكومة الثورة أية محاولة جدية لتنظيم الوزارات على أسس علمية سليمة . والمعروف أن النظام الداخلى للوزارات كان الى ذلك الوقت يشكو كثيرا من العلل وأسباب الخلل التى أضعفت الى حد كبير من المقدرة الانتاجية ، وأشاعت الفساد فى الجهاز الادارى كله.

وقد تنبهت حكومة الثورة الى وجوب علاج هذه العيوب فأصدرت فى ٢٧ سبتمبر سنة ١٩٥٢ مرسوما بتأليف لجنة بوزارة المالية والاقتصاد لدراسة الأنظمة الحكومية وتقديم المقترحات بشأنها . وحددت مهمة هذه اللجنة فى المادة الأولى من المرسوم الصادر بانشائها كما يلى :

« دراسة الأنظمة الحكومية القائمة واقتراح ما تراه من الاجراءات العاجلة الواجب اتخاذها لتحديد اختصاصات الوزارات والمصالح وتنظيم

الأعمال بها بما يكفل وقف تضخم الوظائف وانقاص عددها الى الحد الذى يقتضيه صالح العمل ، وعلى الأخص تقديم اقتراحات فى المسائل الآتية :

(أولا) حالة العمل فى الوزارات والمصالح المختلفة وتنظيم الوظائف فيها تبعا لما تقتضيه حالة العمل وحصر الوظائف الزائدة عن الحاجة فى تلك الوزارات والمصالح .

(ثانيا) تقدير المؤهلات اللازمة لكل نوع من الوظائف .

(ثالثا) تبسيط الاجراءات وتوزيع الاختصاصات بين رؤساء المصالح والأقسام توزيعا يضمن حسن سير الأعمال وسرعة البت فى المسائل دون اخلال بنظام العمل أو بتحديد المسئولية .

(رابعا) تقديم الاقتراحات ووضع التدابير اللازمة لنقل الموظفين الزائدين عن حاجة العمل فى أية وزارة أو مصلحة الى الجهات التى تعانى نقصا وذلك دون مساس بحقوق الموظفين ومع مراعاة مصلحة الخزانة .

وواضح أن المهمة التى عهد بها الى هذه اللجنة وان كانت لا تشمل النظر فى تحديد عدد الوزارات ، الا أنها تشمل بدون شك النظر فى تحديد اختصاصات الوزارات والمصالح وتوزيع الاختصاصات بين المصالح والأقسام فى كل وزارة ، أو بعبارة أخرى يشمل النظر فى التنظيم الداخلى للوزارات .

ويبدو أن الاقتراحات التى انتهت اليها هذه اللجنة كان لها بعض الأثر فى القوانين والقرارات التى صدرت حديثا بتنظيم بعض الوزارات . وهذا هو ما أعلنه المشرع صراحة فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٣٧ لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم وزارة الشئون الاجتماعية ، والقانون رقم ٥٣٠

لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم وزارة الشئون البلدية والقروية [١] . وقد عنيت حكومة الثورة منذ قيامها بأمر تنظيم الوزارات فصدر منذ ذلك التاريخ الى اليوم عدة قوانين أو قرارات جمهورية بتنظيم بعض الوزارات ، وتضمنت هذه القوانين والقرارات التنظيمات الرئيسية فى الوزارات ورسمت طريقة اجراء التنظيمات الداخلية فيها .

نذكر من هذه القوانين والقرارات على سبيل المثال :

(أولا) المرسوم بقانون رقم ٢٧٠ لسنة ١٩٥٢ الخاص بانشاء وزارة الارشاد القومى [٢] . فقد تضمن تحديدا واضحا لاختصاصات الوزارة والهيئات التى تتكون منها . ففى المادة الأولى من هذا القانون حدد المشرع أغراض الوزارة كما يلى :

١ — توجيه أفراد الأمة وارشادهم الى ما يرفع مستواهم المادى والأدبى ، ويقوى روحهم المعنوية وشعورهم بالمسئولية ويحفزهم الى التعاون والتضحية ومضاعفة الجهد فى خدمة الوطن ، وارشادهم بما يجب (كذا) لمكافحة الأوبئة والآفات الزراعية والعادات المؤذية ، وبصفة عامة ما يعين على جعلهم مواطنين صالحين .

٢ — تيسير سبل الثقافة الشعبية لأفراد الشعب وتنويعها وتزويدها بما يعين على توسيع نطاقها وافادة أكبر عدد ممكن منها .

---

(١) نقرأ فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٢٣٧ لسنة ١٩٥٤ ما يلى :

« ولما كان تنفيذ هذه الأسس يتعارض مع أوضاع مقررة بقوانين ومراسيم وقرارات ولوائح فنية ومالية وادارية الأمر الذى يحول دون قيام الوزارة بتنفيذ سياستها الجديدة ، لذلك رؤى أنه لا مفر من اعادة تنظيم الوزارة بقانون توخى (كذا) فى اصداره توصيات المجلس الدائم للخدمات العامة ولجنة دراسة النظم الحكومية واللجنة الوزارية التى شكلتها لهذا الغرض » .

(النشرة التشريعية ع أبريل سنة ١٩٥٤ ص ٩٢٨-٩٢٩) . وقد وردت مثل هذه الاشارة فى المذكرة الايضاحية للقانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٤ (أنظر النشرة التشريعية ع أكتوبر سنة ١٩٥٤ ص ٢١٨٢) .

(٢) عدل اسم الوزارة بقرار رئيس الجمهورية الصادر فى ٢٦ يونيه سنة ١٩٥٨ فأصبح « وزارة الثقافة والارشاد القومى » .

٣ — عرض نتائج النشاط الأهلى والحكومى على الرأى العام المحلى والعالمى واظهار ما تم من الأعمال أو ما وضع من المشروعات الفنية والعلمية والعمرانية .

٤ — بسط وشرح قوانين ولوائح الحكومة الجديدة والدعوة الى تنفيذها والتعاون مع الحكومة والموظفين فى تحقيق الأغراض التى تهدف اليها .

٥ — تنظيم السياحة فى مصر وتنشيطها والعمل على تهيئة أسباب الراحة والفائدة للسائحين ، وعلى ما يرفع من شأن المشاتى والمصايف ويجملها مع الدعوة للسياحة فى مصر فى الداخل والخارج .

٦ — تزويد الرأى العام العالمى ودوائر الثقافة والسياسة بأصدق البيانات والاحصائيات والأرقام والصور والرسوم عن حقائق الأمور فى مصر ، وعن نشاطها الحكومى والأهلى فى ميادين العلم والثقافة والصناعة والزراعة والتجارة ، وعن اتجاهاتها السياسية وعلاقاتها الدولية وتتبع الدعايات والاشاعات التى تسىء الى سمعة البلاد أو تؤثر على معنوية أبنائها أو وحدتهم أو ولائهم لوطنهم .

وفيما يتعلق بتكوين الوزارة ورد فى صدر المادة الثانية من القانون العبارة الآتية :

تتكون الوزارة من « الأقسام والمصالح والادارات التالية » . ثم أوردت المادة بعد ذلك الهيئات التى تتكون منها الوزارة وهى كما يلى :

١ — لجنة فنية عليا تضع السياسة العامة للدعاية والارشاد فى داخل البلاد وخارجها ، وتتبع هذه اللجنة :

(ا) ادارة للاتصال : مهمتها تلقى جميع البيانات والاحصائيات والتقارير والنشرات والمعلومات وتبويبها وتصنيفها وتوزيعها على أقسام الوزارة .

(ب) مكتب للبحوث الفنية لدراسة وتحليل التقارير والنشرات والاحصائيات واقتراح خطط الدعوة ووسائلها .

٢ — قسم التصميم : يضع الخطط التنفيذية للدعوة والارشاد فى حدود ما ارتأته اللجنة الفنية العليا . ويشمل هذا القسم ادارتين : واحدة لشئون الدعوة والارشاد فى الداخل ، والثانية لتلك الشئون فى الخارج .

٣ — قسم الارسال وتتبعه عدة مصالح وادارات هى :

ادارة الاذاعة اللاسلكية .

ادارة الصحافة والمطبوعات .

ادارة السينما ومراقبة الأفلام .

ادارة المسرح والغناء .

مصلحة السياحة .

ادارة المتحف والمعارض .

ادارة الثقافة الشعبية .

٤ — قسم الانتاج الفنى .

هذا وقد عدل تكوين الوزارة بعد ذلك بقرار رئيس الجمهورية الصادر فى ٢٥ يونيه سنة ١٩٥٨ (الجريدة الرسمية ع ١٧ فى ١٩٥٨/٧/٣) . ونصت المادة الأولى من هذا القرار على أن وزارة الارشاد القومى تتكون من :

١ — الديوان العام .

٢ — مصلحة الفنون .

٣ — الادارات والمؤسسات العامة التابعة لوزارة الارشاد القومى وهى :

(ا) الادارة العامة للشئون الثقافية .

(ب) مركز الفنون الشعبية .

(ج) مؤسسة دعم السينما .

٤ — مصلحة الآثار ومركز تسجيل الآثار المصرية بالاقليم المصرى (نقلا عن وزارة التربية والتعليم) .

٥ — الأقسام الآتية من الادارة العامة للثقافة بوزارة التربية والتعليم :

(ا) قسم للتأليف والترجمة .

(ب) قسم نشر التراث القديم ودائرة المعارف .

(ج) قسم نشر الثقافة والمحاضرات والندوات .

(د) شراء مقتنيات فنية وجوائز الفنانين .

٦ — مؤسسة الثقافة الشعبية (نقلا من وزارة التربية والتعليم) .

٧ — الأقسام الآتية من الادارة العامة للفنون الجميلة بوزارة التربية والتعليم :

(ا) دار الكتب بالقاهرة ومطبعتها .

(ب) معهد التمثيل المسائى والنهارى ومعهد الموسيقى العربية .

(ج) المتاحف :

ولوزير الارشاد القومى طبقا للقانون سلطة اعادة تنظيم الوزارة ، فقد نصت المادة ٣ مكرر التى أضيفت بالقانون رقم ١٩٥٣/٤٣٣ على حق الوزير فى تعديل الادارات والأقسام التى تتكون منها الوزارة وانشاء ما تستدعيه حالة العمل .

وفى الاقليم السورى أنشئت أخيرا وزارة للثقافة والارشاد القومى بالقانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٥٨ (الجريدة الرسمية ع ٣٩ فى ١٩٥٨/١٢/٤) . وتضمن هذا القانون الأحكام الخاصة بتنظيم الوزارة ونلخصها فيما يلى :

رسالة الوزارة واختصاصها العام : حددت المادة الثانية من القانون المهمة والصلاحيات العامة للوزارة تحديدا دقيقا فى عشر فقرات ، وتشمل بوجه عام : تعميم المعرفة بين الجماهير ، توجيه أفراد الشعب توجيها قوميا صحيحا ، تيسير سبل الثقافة الشعبية فى أوساط الشعب ، اقامة المعارض والمهرجانات والحفلات الثقافية والفنية وعقد المؤتمرات وتنظيم المسابقات ووضع الجوائز ، احياء التراث العربى ، اكتشاف التراث الأثرى والتاريخى ، احداث المتاحف الأثرية والتاريخية والفنية والشعبية ، وتشجيع الفنون والآداب وتوجيهها لما تقتضيه مصلحة الدولة وبعث نشاطها وتأمين مستقبلها وتوفير أسباب الحياة والعمل لمحترفيها ، واحياء الآداب والفنون الشعبية وتنميتها وتطويرها وجمع كافة المعلومات عنها .

تكوين الوزارة : نصت المادة السادسة على تكوين الوزارة من ثلاث مديريات ، ومن الهيئة التفتيشية والادارات العامة الملحقة .

سلطة الوزير فى التنظيم : حددت المادة ١٥ من هذا القانون سلطة الوزير فى التنظيم وهى تشمل « احداث دوائر جديدة فى الوزارة أو الغاء بعض الدوائر أو تعديلها أو دمج بعضها ببعضها الآخر وفق ما تستدعيه حالة العمل على ألا تتعدى مجموع الوظائف العدد المحدد فى الجداول الملحقة بهذا القانون وضمن حدود اعتمادات الميزانية » .

اختصاصات الوزير واختصاصات الأمين العام للوزارة .- : حدد القانون فى المادتين الثالثة والخامسة اختصاصات الوزير والأمين العام للوزارة ، ونظم العلاقات بينهما على أسس علمية سليمة .

ففيما يتعلق بتحديد اختصاصات الوزير وسلطته فى توجيه شئون الوزارة تقول المادة الثالثة « وزير الثقافة والارشاد القومى هو المرجع الأعلى للوزارة فى الشئون التوجيهية وفى الاشراف على الأعمال والمناهج ومراقبة تنفيذها

ضمن أحكام القوانين والأنظمة ، وهو آمر الصرف الأساسى لنفقات الوزارة » .

وفيما يتعلق بتحديد اختصاصات الأمين العام وتنظيم علاقته بالوزير تقول المادة الخامسة « يعاون الوزير فى أعمال الوزارة أمين عام يرأس جميع اداراتها ، وهو مسئول أمام الوزير من الناحيتين الادارية والفنية عن سير الأعمال ، ويشرف مباشرة ضمن حدود القوانين والأنظمة على سير الادارات فى الوزارة » .

(ثانيا) القانون رقم ٢٣٧ لسنة ١٩٥٤ [١] الخاص بتنظيم وزارة الشئون الاجتماعية والعمل . ويلاحظ على هذا القانون أنه لم يحدد اختصاصات وزارة الشئون الاجتماعية بوجه عام وان كان قد أشار فى ديباجته الى المرسوم الصادر بانشاء الوزارة فى ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٩ . وهذا المرسوم الأخير أشار الى اختصاصات وزارة الشئون الاجتماعية ، الا أن الاشارة الى هذه الاختصاصات وردت فى صورة غامضة غير محددة لا تحقق الغرض المقصود من التشريع [٢] . وكنا نفضل لو أن المشرع عنى فى هذا التشريع الجديد

---

(١) معدل بالقانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٥ والقانون رقم ٤٣٨ لسنة ١٩٥٥

(٢) تنص المادة الأولى من هذا المرسوم على ما يلى :

« تنشأ وزارة للشئون الاجتماعية يتولى ادارتها وزير يعاونه وكيل وزارة وتقوم على الشئون والمصالح الآتية :

مصلحة السجون والمعاهد والمستعمرات المختلفة لتقويم المجرمين والأحداث واصلاحهم وملاجىء الأيتام والعجزة والفقراء وذوى العاهات والمتسولين .

المسارح ودور السينما والنوادى والجمعيات والمهرجانات والموالد .

بوليس الآداب — الاتجار بالنساء والأطفال .

الجمعيات التعاونية والتعاون بمختلف صوره .

أعمال البر والاحسان .

مصلحة العمل — تحسين أحوال العامل والفلاح ورفع مستوى المعيشة لهما — استحداث أسباب الترفيه فى أوقات الفراغ .

=

بتحديد اختصاصات وزارة الشئون الاجتماعية فى صيغة واضحة صريحة تزيل عيوب النص القديم ، أو تزيل ما يمكن أن يثور من الشك بشأنها خصوصا وان بعض المصالح والشئون التى ورد ذكرها فى المادة الأولى من مرسوم ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٩ لم تعد من اختصاص وزارة الشئون الاجتماعية أو أصبحت داخله بالنص فى تكوين وزارة الارشاد القومى كما هو الشأن بالنسبة لمصلحة السجون والاذاعة اللاسلكية والارشاد والدعاية والمحاضرات العامة للتثقيف والتهذيب .

أما فيما يتعلق بتنظيم الوزارة فقد قسم القانون الهيئات التى تتكون منها الوزارة الى قسمين :

القسم الأول ويشمل الادارات ، وتقتصر مهمتها على الاشراف والتوجيه وبحث السياسة العامة للوزارة .

والقسم الثانى يشمل المراقبات الاقليمية ، وهى التى تتولى تنفيذ القوانين واللوائح الخاصة بوزارة الشئون الاجتماعية فى ضوء السياسة العامة التى تقررها الوزارة .

وحدد القانون الادارات العامة وكان عددها فى القانون رقم ٢٣٧ لسنة ١٩٣٩ تسع ادارات . غير أنه تبين بعد ذلك أن بعض هذه الادارات يشترك فى اختصاص واحد أو متشابه وأن المصلحة تقضى بادماجها . فأدمجت أولا الادارة العامة للعمل والادارة العامة للتعاون فى ادارة

= الخدمة الاجتماعية – الارشاد والدعاية – المحاضرات العامة للتثقيف والتهذيب – المعاهد الليلية – الاذاعة اللاسلكية .

تحسين العمل – حماية الطفولة – حماية الأسرة – المسابقات الرياضية – مسألة العاطلين عن العمل ... الخ) .

واحدة (١) باسم الادارة العامة للتعاون والعمل . ثم أعيد النظر فى الموضوع مرة ثانية وانقص عدد الادارات الى خمس فقط هى (٢) :

الادارة العامة ، الادارة العامة للعمل ، الادارة العامة لشئون المراقبات ، الادارة العامة للتخطيط الاجتماعى ، الادارة العامة للتدريب .

أما المراقبات الاقليمية فقد ترك أمر تحديد عددها وحدود اختصاصها المكانى للوزير (م ١) ، كذلك منحت المادة الرابعة الوزير سلطة اجراء التنظيم الداخلى للمراقبات وتحديد اختصاصات الادارات والمراقبات وتنظيم العلاقات بينها (٣) .

وفى الاقليم السورى نظمت وزارة الشئون الاجتماعية والعمل بقرار جمهورى صدر فى ٢٨ من أبريل سنة ١٩٥٨ (الجريدة الرسمية ع ٨ فى أول مايو سنة ١٩٥٩) . وقد تضمن هذا القرار فى المادة الأولى منه تحديدا واضحا لاختصاصات الوزارة . وحددت المواد الثانية والثالثة والسادسة من القانون سلطة الوزير واختصاصاته والعلاقة بينه وبين الأمين العام للوزارة وفقا لمبادىء التنظيم المسلم بها .

فنصت المادة الثانية فقرة ب على أن « الوزير هو المرجع الأعلى فى الوزارة فى التوجيه وتقرير الخطط والمناهج وفى الاشراف على سير الأعمال ومراقبة تنفيذها ضمن أحكام القوانين والأنظمة .

ونصت المادة الثالثة على أن « يعاون الوزير فى أعمال الوزارة أمين عام يرأس جميع اداراتها ، وهو مسئول أمام الوزير من الناحيتين الادارية والفنية عن سير الأعمال » .

---

(١) قانون رقم ٨٤ لسنة ١٩٥٥

(٢) قانون رقم ٤٣٨ لسنة ١٩٥٥

(٣) نصت المادة الرابعة من القانون فى هذا الشأن على ما يأتى :

" تعين اختصاصات الادارات العامة والمراقبات والعلاقات بينها وأقسام كل منها وفروعها بقرار من وزير الشئون الاجتماعية "

ونصت المادة السادسة على سلطة الوزير فى اجراء التنظيم الداخلى للوزارة بقولها « يحدد عدد موظفى الوزارة ومراقبيهم ، كما تحدد اختصاصات الدوائر المركزية ودوائر المحافظات والعلاقات بينها وأقسام كل منها وفروعها بقرار من وزير الشئون الاجتماعية والعمل » .

وهذا النص وان كان لا يخول الوزير سلطة انشاء دوائر جديدة ، الا أنه يمنحه السلطة فى تنظيم هذه الدوائر داخليا ، كما يمنحه سلطة تحديد اختصاصات الدوائر وفروعها وتنظيم علاقات الدوائر والفروع فيما بينها .

(ثالثا) القانون رقم ٥٣٠ لسنة ١٩٥٤ الخاص بتنظيم وزارة الشئون البلدية والقروية . وقد سار المشرع فى تنظيم وزارة الشئون البلدية والقروية على نفس النهج الذى اتبعه فى تنظيم وزارة الشئون الاجتماعية ، فقسم هيئات الوزارة الى قسمين رئيسيين : ادارات عامة ، مراقبات اقليمية . وأفصحت المذكرة الايضاحية عن الغرض من انشاء ادارات عامة ومراقبات اقليمية ، وهو أن تباشر المراقبات الاقليمية كل ما يمكن القيام به محليا وأن تختص الادارات العامة الفنية بوضع السياسة العامة للمجموعة المتشابهة من الأعمال التى تنهض بها الوزارة ، واعداد المشروعات الكبرى وتنفيذها وتوجيه وارشاد المراقبات الاقليمية والتفتيش الفنى والادارى على أعمالها .

وقد حدد القانون الادارات العامة التى تتكون منها الوزارة وحصرها فى سبع ادارات هى : الادارة العامة ، الادارة العامة للهندسة الصحية ، الادارة العامة للتخطيط والمبانى والتنظيم ، الادارة العامة للقوى الميكانيكية والكهرباء ، الادارة العامة لشئون البلديات ، الادارة العامة للوائح والرخص ، الادارة العامة للحريق .

أما المراقبات الاقليمية فترك أمر تحديد عددها وحدود اختصاصها المكانى للوزير (م ١) . كذلك خول القانون الوزير سلطة تحديد اختصاص الادارات العامة واجراء التنظيم الداخلى للمراقبات الاقليمية وعلاقتها بالادارات العامة (م ٢) .

وفى الاقليم السورى نظمت وزارة الشئون البلدية والقروية بقرار جمهورى صدر فى ١٣ مارس سنة ١٩٥٨ (فى مارس سنة ١٩٥٨ ص ٤١٣).

وحددت اختصاصات هذه الوزارة فى المادة الثانية من القرار ، وهى تشمل بوجه عام الاشراف على البلديات والمؤسسات والمرافق البلدية .

وحدد تكوين الوزارة فى المادة الثانية من القرار وهو يشمل خمس ادارات عامة .

وتشمل سلطة الوزير تحديد اختصاصات الادارات وتنظيم العلاقات بينها ، وتنظيم أقسام الادارات وفروعها .

وقد نظمت فى عهد الحكومة الحالية وزارات أخرى غير الوزارات الثلاث السابقة .

فنظمت وزارة الخارجية بالقانون رقم ٤٥٣ لسنة ١٩٥٥ . ونظمت وزارة الصناعة بقرار جمهورى صدر فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦ . ونظمت وزارة التجارة بقرار جمهورى صدر فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ . ونظمت وزارة الحربية بالقانون رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٥٣ .

وأدمجت وزارة التجارة والاقتصاد فى الاقليم المصرى فى وزارة واحدة نظمت بقرار جمهورى صدر فى ١٥ مارس سنة ١٩٥٨ (فى مارس سنة ١٩٥٨ ص ٤١٠) . ونظمت وزارة الخزانة فى الاقليم المصرى بقرار جمهورى صدر فى نفس التاريخ (ن مارس سنة ١٩٥٨ ص ٤١٠) . وفى نفس التاريخ أيضا صدر قرار جمهورى بتنظيم وزارة الخزانة فى الاقليم السورى ، وقرار آخر بتنظيم وزارة الاقتصاد والتجارة فى الاقليم السورى (ن مارس سنة ١٩٥٨ ص ٤٢٠) .

ونظمت وزارة التخطيط فى الاقليم السورى بقرار جمهورى صدر فى ٢٢ يونيه سنة ١٩٥٨ (الجريدة الرسمية ع ١٧ فى ١٩٥٨/٧/٣) . ونظمت

وزارتا الأشغال والمواصلات فى الاقليم السورى بقرار جمهورى صدر فى ٧ من أبريل سنة ١٩٥٨ (ن أبريل سنة ١٩٥٨ ص ٦٣٢) . ونظمت وزارة الصناعة فى الاقليم السورى بالقانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٥٨ الصادر بانشاء هذه الوزارة (جريدة رسمية ع ٤٠ مكرر بتاريخ ١٩٥٨/١٢/١١) .

ويلاحظ على التنظيم الذى تم طبقا للقوانين والقرارات السابق ذكرها ما يلى :

(أولا) أنه روعى فى هذا التنظيم تطبيق مبدأ عدم التركيز الادارى الى حد كبير . وقد أفصحت المذكرة الايضاحية للقانون الخاص بتنظيم وزارة الشئون الاجتماعية عن هذا المعنى بقولها « تمشيا مع السياسة العامة لاصلاح الأداة الحكومية على أساس اللامركزية الادارية رأت وزارة الشئون الاجتماعية اعادة تنظيمها على الأسس الآتية :

١ — التنفيذ المحلى ويتم فى دائرة الوحدة المحلية التى تؤدى فيها الخدمات وزيادة سلطة المنفذ المحلى بالقدر اللازم لتيسير أداء هذه الأعمال وحسن القيام بها .

٢ — انهاء البت فى الأعمال الفنية والادارية فى دائرة المراقبة الاقليمية دون الرجوع الى الادارات المركزية الا فيما يتعلق بالموضوعات الفنية التى تتعلق بالسياسة العامة للوزارة والتى لم يصدر بشأنها تعليمات .

٣ — اقتصار أعمال الادارات العامة المركزية على رسم السياسة العامة المنسقة للوزارة ووضع البرامج اللازمة لها والتوجيه العام وارشاد المراقبات الاقليمية والوقوف على سير العمل بها ... »[1] .

---

(١) النشرة التشريعية عدد أبريل سنة ١٩٥٤ ص ٩٢٨ . وورد مثل هذا القول فى المذكرة الايضاحية للقانون الخاص بتنظيم وزارة الشئون البلدية والقروية (النشرة التشريعية عدد أكتوبر سنة ١٩٥٤ ص ٢١٨٢) .

ويلاحظ أن المشرع استعمل للدلالة على المعنى المقصود اصطلاح اللامركزية الادارية ، والمقصود عدم التركيز الادارى كما هو واضح .

(ثانيا) (الملاحظة الثانية) انه روعى فى هذا التنظيم قصر اختصاص الوزير على الاشراف الأعلى والتوجيه والرقابة فقط دون مباشرة العمل ذاته تمشيا مع المبدأ الذى تقرر فى مرسوم ٤ أغسطس سنة ١٩٥٢ الخاص بتوزيع الاختصاصات فى الوزارات والمصالح . بل ان الأمر فى هذا الشأن لم يقتصر على الوزير وانما تعداه فى بعض الوزارات الى الادارات العامة الرئيسية كلها ، فقد رأينا أن اختصاص الادارات العامة فى وزارة الشئون البلدية والقروية ووزارة الشئون الاجتماعية أصبح فى التنظيم الجديد قاصرا على الاشراف والتوجيه وبحث السياسة العامة ، بينما اختصت المراقبات الاقليمية بأعمال التنفيذ . وللصيغة المستعملة فى بعض النصوص الدستورية والقانونية دلالة خاصة فى هذا الصدد . فالمادة ١٤٨ من الدستور تقول : « يتولى كل وزير الاشراف على شئون وزارته ويقوم على تنفيذ السياسة العامة للحكومة فيها » . والمادة الثامنة من القانون رقم ٣٣٧ لسنة ١٩٥٣ الخاص بتنظيم وزارة الحربية تقول « يشرف الوزير على أعمال وزارة الحربية وتتولاها الهيئات الآتية . . . . . » .

ويظهر هذا المعنى جليا فى نصوص القوانين والقرارات التى صدرت حديثا بتنظيم الوزارات فى الاقليم السورى .

فتنص المادة الثالثة من القانون رقم ١٩٧ لسنة ١٩٥٨ بشأن تنظيم وزارة الثقافة والارشاد القومى فى الاقليم السورى على أن « وزير الثقافة والارشاد القومى هو المرجع الأعلى للوزارة فى الشئون التوجيهية وفى الاشراف على الأعمال والمناهج ومراقبة تنفيذها ضمن أحكام القوانين والأنظمة ، وهو آمر الصرف الأساسى لنفقات الوزارة » .

وهو يبدو أكثر وضوحا عند مقارنة هذا النص بنص المادة الخامسة من نفس القرار التى حددت اختصاصات الأمين العام . فقد نصت

هذه المادة الأخيرة على أن الأمين العام يرأس جميع اداراتها وهو مسئول أمام الوزير من الناحيتين الادارية والفنية عن سير الأعمال ، ويشرف مباشرة ضمن حدود القوانين والأنظمة على سير الادارات فى الوزارة » .

ووردت نصوص مماثلة فى قانون تنظيم وزارة الصناعة فى الاقليم السورى (القانون رقم ٢١٢ لسنة ١٩٥٨) . وفى القرار الصادر بتنظيم وزارة الشئون الاجتماعية والعمل فى الاقليم السورى .

ويزداد هذا المعنى وضوحا اذا قارنا نصوص القوانين والقرارات الخاصة بالتنظيم التى صدرت فى العهد الحالى بما سبقها من نصوص مماثلة . فالمادة الأولى من المرسوم الصادر بانشاء وزارة الشئون الاجتماعية فى ٢٠ أغسطس سنة ١٩٣٩ مثلا تقول « تنشأ وزارة للشئون الاجتماعية يتولى ادارتها وزير يعاونه وكيل وزارة » .

والمادة الثانية من القانون رقم ٧ لسنة ١٩١٩ الصادر بانشاء وزارة المواصلات تقول « أنشئت وزارة جديدة باسم وزارة المواصلات يتولى ادارتها وزير يعاونه وكيل وزارة » .

(ثالثا) (الملاحظة الثالثة) عنيت قوانين وقرارات التنظيم الحديث بتحديد الأقسام الرئيسية الكبرى فى كل وزارة . أما التنظيم الداخلى لهذه الأقسام فترك أمره للوزير المختص .

والأقسام التى ورد ذكرها فى القوانين والقرارات المنظمة للوزارات وان اتفقت فى أنها كلها أقسام رئيسية فى درجة واحدة بالنسبة للوزارات المختلفة ، بمعنى أنها كلها تعتبر أول تقسيم رئيسى فى كل وزارة . الا أنه يلاحظ أن المشرع لم يستعمل للدلالة على هذه الأقسام الرئيسية اصطلاحا واحدا ، فقد سميت تارة لجنة وتارة ادارة عامة وتارة ادارة وتارة مصلحة وتارة هيئة . وليس هذا مجرد اختلاف بين الاصطلاحات المستعملة فى كل وزارة

وما يقابلها فى غيرها من الوزارات الأخرى ، ولكنه شمل الاصطلاحات المستعملة للدلالة على هذه الأقسام الرئيسية فى نفس الوزارة .

فنقرأ مثلا فى المادة الثانية من قرار رئيس الجمهورية رقم ٢ لسنة ١٩٥٦ الخاص بانشاء وزارة الصناعة ما يلى :

« تتكون وزارة الصناعة من المصالح والادارات والهيئات الآتية » . وذكرت المادة فى شقها الثانى الأقسام الرئيسية التى تتكون منها الوزارة ، ومن هذه الأقسام ما أطلق عليه اسم مصلحة كمصلحة الصناعة ومصلحة الوقود ، ومنها ما أطلق عليه اسم ادارة كادارة التدريب المهنى والكفاية الانتاجية وادارة الغاز والكهرباء ، ومنها ما ذكر مجردا من أية اشارة لنوعه فى اطار التقسيم كالمطبعة الأميرية حيث ذكرت باسمها مجردا دون أن توصف بأنها ادارة أو مصلحة . وقد أعيد تنظيم وزارة الصناعة بعد ذلك بالقرار الجمهورى الصادر فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦ ، ولكن أسماء الأقسام الرئيسية التى تتكون منها الوزارة ظلت على حالها من الاختلاف . فمن بين الأقسام التى يشملها التنظيم الجديد مصلحة التنظيم الصناعى ، مصلحة الرقابة الصناعية ، مصلحة الأبحاث الجيولوجية والتعدينية ، ادارة الكهرباء والغاز ، المطبعة الأميرية .

ولا يكاد الحال يختلف فيما يتعلق بالاصطلاح المستعمل للدلالة على الأقسام الأولى الرئيسية فى الوزارات الأخرى عنه فى وزارة الصناعة . فليس فى نصوص القوانين والقرارات التى صدرت بتنظيم الوزارات المختلفة ما يشعر باتجاه النية نحو توحيد الاصطلاح المستعمل للدلالة على الأقسام الرئيسية فى الوزارات .

وفى رأينا أن مقتضيات التنظيم السليم تفرض على السلطات المختصة واجب العناية بتحديد الاصطلاحات التى تستعمل للدلالة على التقسيمات الادارية الرئيسية وغير الرئيسية وتوحيد هذه الاصطلاحات لا فى كل وزارة على حدة فقط وانما فى جميع الوزارات .

وتوحيد هذه الاصطلاحات قد يبدو مجرد مسألة شكلية أو لفظية عديمة الأهمية ، ولكن الواقع أن لهذا التوحيد أهمية كبرى بالنسبة لتحديد نطاق تطبيق أحكام القوانين واللوائح فى مصر .

ففى التشريع المصرى الحالى نصوص عديدة تتكلم عن الوزارات أو عن المصالح العامة أو المصالح العمومية أو الادارات ، وبعض هذه النصوص يتكلم عن المصالح العامة وحدها ، وبعضها يتكلم عن المصالح العامة والادارات والهيئات العامة . ووجود مثل هذه النصوص فى التشريع المصرى مع عدم الاتفاق على اصطلاح واحد محدد يطلق على كل درجة من درجات التقسيم الداخلى للوزارات يثير الشك فى حقيقة المقصود منها (النصوص) ، ويجعل مهمة تطبيقها (النصوص) عسيرا الى حد كبير [1] .

(رابعا) (الملاحظة الرابعة) أدمج فى تكوين بعض الوزارات بعض الهيئات العامة التى أنشئت فى صورة مؤسسات عامة أى فى صورة أشخاص ادارية تتمتع باستقلال ادارى ومالى بمقتضى المبادىء القانونية المسلم بها ووفقا لنصوص القوانين والقرارات التى أنشأتها .

فالقرار الجمهورى الصادر فى ٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ باعادة تنظيم وزارة التجارة مثلا [2] أورد ضمن الهيئات التى تتكون منها هذه الوزارة (التجارة) الهيئة العامة لشئون المعارض والأسواق الدولية المنشأة بالقانون رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٦ ، والهيئة العامة لتنمية الصادرات المنشأة بقرار رئيس الجمهورية رقم ٨٥٥ لسنة ١٩٥٧

وبالرجوع الى القانون رقم ٣٢٣ لسنة ١٩٥٦ يتبين أنه ينص صراحة على أن الهيئة العامة لشئون المعارض والأسواق الدولية تلحق بوزارة التجارة

---

(١) يراجع كتابنا القانون الادارى المصرى والمقارن — السلطة الادارية سنة ١٩٥٨ الفصل الخاص بالمصالح العامة والمؤسسات العامة .

(٢) قرار ٣ أكتوبر سنة ١٩٥٧ وقائع ع ٧٩ فى ١٩٥٧/١٠/١٠

ويكون لها شخصية اعتبارية (م ١) ومجلس ادارة يهيمن على شئونها ويصرف أمورها (م ٥) ورأس مال مستقل .

وبالرجوع الى القرار الجمهورى رقم ٨٥٥ لسنة ١٩٥٧ يتبين أنه ينص صراحة على أن الهيئة العامة لتنمية الصادرات مؤسسة عامة . ومعنى هذا أنها تتمتع طبقا لأحكام قانون المؤسسات العامة بالشخصية الاعتبارية . كما ينص على أن لهذه الهيئة مجلس ادارة يتولى ادارتها وتصريف أمورها ويقوم بالعمل على أغراض الهيئة دون التقيد بالنظم المالية والادارية المتبعة فى المصالح الحكومية (م ٣) . كما ينص على أن لها ذمة مالية مستقلة وميزانية خاصة بها (م ٨) .

كذلك أورد القرار الجمهورى الصادر باعادة تنظيم وزارة الصناعة [١] ضمن الهيئات التى تتكون منها هذه الوزارة : الهيئة العامة لشئون البترول والمطبعة الأميرية .

والهيئة العامة لشئون البترول أنشئت أولا بالقانون رقم ١٣٥ لسنة ١٩٥٦ ثم الغى هذا القانون بعد ذلك واستعيض عنه بالقانون رقم ٣٣٢ لسنة ١٩٥٦

وبالرجوع لهذا القانون الأخير يتبين أنه ينص على أن الهيئة العامة لشئون البترول يكون لها شخصية اعتبارية (م ١) ومجلس ادارة يصرف أمورها دون التقيد بالنظم الادارية والمالية المتبعة فى المصالح الحكومية (م ٢) ، كما يكون لها ميزانية مستقلة توضع طبقا للقواعد المتبعة فى المشروعات التجارية (م ١٠) .

أما المطبعة الأميرية فقد تحولت بمقتضى القانون رقم ٣١٢ لسنة ١٩٥٦ [٢] فى نفس اليوم الذى صدر فيه القرار الجمهورى باعادة تنظيم وزارة الصناعة تحولت الى مؤسسة عامة باسم الهيئة العامة لشئون المطابع الأميرية . ونص

---

(١) ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦ نشرة ص ٢٢٥٢

(٢) صدر هذا القانون فى ١٣ أغسطس سنة ١٩٥٦

هذا القانون صراحة على أن هذه الهيئة تلحق بوزارة الصناعة ويكون لها شخصية اعتبارية (م ١) ومجلس ادارة يهيمن على شئونها ويصرف أمورها دون التقيد بالنظم الادارية والمالية المتبعة فى المصالح الحكومية ، كما يكون لها رأس مال مستقل وميزانية مستقلة (م ١٠) .

وطبقا للمبادىء العامة التى أقرها المشرع المصرى فى قانون المؤسسات العامة لا تعتبر المؤسسات العامة هيئات مركزية تندمج فى تكوين السلطة الادارية المركزية وتخضع لسلطتها الرئاسية . ولكنها على العكس هيئات لامركزية مستقلة عن السلطة المركزية ؛ وليس لهذه السلطة الأخيرة عليها سوى سلطة اشراف ورقابة تعرف باسم الوصاية الادارية .

ولهذا يبدو من غير المقبول فى نظرنا ادماج مثل هذه الهيئات فى تكوين الوزارات ، كما لا يسوغ ذكرها فى قوانين وقرارات التنظيم فى صعيد واحد مع الهيئات المركزية التى تخضع لسلطة الوزارة الرئاسية لاختلاف الحكم بين هذه وتلك . فالهيئات المركزية من مصالح وادارات تدخل فى تكوين الوزارة وتسرى عليها النظم المالية والادارية الخاصة بالسلطة المركزية .

أما الهيئات اللامركزية فلا تدخل فى تكوين الوزارات ولا تندمج فى السلطة المركزية ، ولكنها على العكس مستقلة عنها بصريح النص ولهذا يتعين أفرادها بوضع خاص باعتبارها ملحقة بالوزارة التى يكون لها الوصاية عليها لا باعتبارها داخلة فى تكوينها اللهم الا اذا كان المقصود أن تبقى هذه الهيئات برغم النص على استقلالها هيئات مركزية ذات نظام خاص داخل نطاق الجهاز الادارى المركزى ، وهذا هو ما تقرر فعلا بالنسبة للهيئة العامة لشئون البترول . وفى هذه الحالة كان يحسن أن لا تعتبر مؤسسات عامة حتى لا تخضع لقانون المؤسسات العامة لأن هذا القانون الأخير يقرر المبادىء العامة التى تحكم المؤسسات العامة ، وهذه المبادىء العامة تقضى باستقلال المؤسسات العامة عن الادارة المركزية وخضوعها لسلطتها الوصائية لا لسلطتها الرئاسية .

(خامسا) (الملاحظة الخامسة) لم تحدد القوانين والقرارات التنظيمية انسابق ذكرها التقسيمات الفرعية للوزارات وتركت أمر هذا التنظيم الداخلى لكل وزير فى وزارته . وقد أشرنا لذلك فيما تقدم ونود هنا أن ننبه الى أهمية التنظيم الداخلى للأقسام الرئيسية بالنسبة لحسن سير العمل فى الوزارة ، لأن الأقسام الداخلية والفرعية هى التى تتولى مباشرة العمل التنفيذى ، وعلى حسن تنظيمها يتوقف نجاح التنظيم كله . واجراء هذا التنظيم على أساس سليم يستلزم فى نظرنا توافر شرط أساسى هو تحديد الأعمال التى تتولاها الوزارة بجميع أقسامها وفروعها بل بجميع موظفيها تحديدا دقيقا ، لأنه اذا عرفت هذه الأعمال وحددت تحديدا كافيا فانه يصبح من السهل بعد ذلك تقسيمها الى أنواع يختص بكل نوع منها قسم أو فرع خاص وفقا لمصلحة العمل .

ومبلغ علمنا أن الأعمال التى تقوم بها الوزارات المختلفة عندنا لا تزال الى الآن غير محددة تحديدا دقيقا يسمح بتنظيم الأقسام الداخلية فى كل وزارة على أسس سليمة .

وفى اعتقادنا أن المشروع الذى ينهض به اليوم ديوان الموظفين والذى أطلق عليه اسم خطة ترتيب الوظائف يمكن اذا تم وفقا للبرنامج المعلن عنه أن يحقق هذا الغرض (يراجع قرار رئيس ديوان الموظفين رقم ٦٩ لسنة ١٩٥٧ بتاريخ ١٩٥٧/٣/٣١) .

دراسات فى النظرية العامة للنيابة

حول مشروع « المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص »

للدكتور جمال مرسى بدر

دكتور فى الحقوق – محام لدى محكمة النقض

١ – لم يزل بعض رجال القانون فى هذا العالم الذى تستبد بدوله أهواء السياسة ويكفهر جوه فى كل حين بنذر الحرب يجاهدون لبلوغ هدف عزيز عليهم هو توحيد القواعد القانونية التى تحكم ميادين القانون الخاص فى الدول المختلفة ، وبرغم الصعاب الكثيرة التى تجابهها هذه المحاولات فقد نجم عنها خير جم لعلم القانون اذ أسفرت عن مشروعات تعتبر خلاصة ما بلغه الفقه الحديث من تقدم ومثالا لما يستطيع أن يبدعه فن التقنين ، وأشهر هذه المشروعات « مشروع الالتزامات الفرنسى الايطالى » الذى ظهر بعد الحرب العالمية الأولى . كما أن تلك المحاولات لم تعدم نجاحا عمليا فى بعض الأحوال بين دول تربطها وشائج قومية وحضارية متينة ، فأسفرت بالفعل عن توحيد قوانينها فى بعض المجالات وأبرز مثل لذلك ما نشهده من حركة قوية واضحة نحو توحيد القانون المدنى فى البلاد العربية على مثال القانون المدنى المصرى الصادر سنة ١٩٤٨ (١) .

ومن الهيئات المنقطعة لهذا اللون من النشاط القانونى « المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص » بمدينة روما وهو يضم نخبة من الفقهاء وأساتذة القانون من مختلف البلاد الأوروبية وينشر من حين الى حين مشروعات قوانين موحدة فى أبواب مخصوصة من القانون الخاص يعرضها على المشرعين

---

(١) يجد القارىء عرضا تاريخيا لحركة توحيد القوانين فى البلاد العربية فى محاضرة المؤلف التى ألقيت فى المؤتمر الثانى للمحامين العرب المنعقد بالقاهرة فى مارس ١٩٥٦ والمنشورة فى « كتاب المؤتمر الثانى للمحامين العرب » القاهرة ١٩٥٦ ، ص ١٦١–١٧٢

ورجال القانون فى مختلف الدول طلبا للبحث والمناقشة وأملا فى أن تجتمع كلمتهم فى مستقبل بعيد أو قريب على تبنى تلك المشروعات وتوحيد قواعدهم التشريعية فى الميادين التى تتناولها فى مجال القانون الخاص .

٣ — ومن أحدث ماصدر عن ذلك المعهد مشروع تمهيدى لقانون موحد فى شأن النيابة بدىء العمل فى اعداده سنة ١٩٣٥ على يد لجنة أعيد تشكيلها فى سنة ١٩٤٦ [١] وأتمت وضع مشروعها ومذكرة تفسيرية له نشرهما المعهد فى سنة ١٩٥٥ ويقع المشروع فى خمس وعشرين مادة وتنص مادته الختامية على أن هذا القانون ينطبق على العلاقات التى تتجاوز اقليم دولة واحدة ، بمعنى أن ينعقد التصرف الذى يجريه النائب فى غير الدولة التى يقيم فيها عادة الأصيل وذلك رغبة فى تسهيل الروابط التجارية بين الدول المختلفة حتى لا تتضارب القواعد التى تحكم النيابة فى العلاقات ذات الصفة الدولية ، ويبدو أن غرض المعهد من هذا القيد — كما فعل من قبل فى مشروع القانون الموحد للبيع — هو تسهيل قبول مشروعه من الدول المختلفة اذ تظل تشريعاتها الوطنية قائمة تحكم الروابط بين سكان اقليمها بينما يقتصر نطاق القانون الموحد على الروابط التى لا يكون أطرافها جميعا مقيمين فى اقليم الدولة على أن أحكام المشروع ليس فيها قط ما يستدعى حتما تقييد نطاق تطبيقه على هذا الوجه فضلا عن أن وجود مجموعتين من القواعد القانونية فى الدولة — احداهما تحكم الروابط المحلية ، والأخرى تحكم الروابط الدولية — هو من الأمور التى يستحب تلافيها . واذن فلنا أن نقول أنه ليس ثمة ما يحول دون تبنى الدول لمشروع موحد كجزء من قواعدها القانونية الوطنية ومتى تم ذلك — اذا قدر له أن يتم — توحدت قواعد النيابة ليس فى الروابط الدولية وحسب وانما فى الروابط المحلية كذلك .

---

[١] ضمت اللجنة المذكورة فريقا من الفقهاء الأوروبيين غالبيتهم ايطاليون وهم الأساتذة ماسيموبيلوتى — آجو باج — جوزيف هاميل — أ. م. ميرز — ادولفو رافا — ماريو ميتيوتشى — ماكس جوتزويللر و ب . ويرتلى . وقد كتب المذكرة التفسيرية للمشروع الأستاذ ادوار موريتس ميرز من جامعة ليدن بهولنده .

ولا يخفى أن الصفة البارزة للتجارة الحديثة هى أنها دولية بمعنى أنها تقوم على تبادل السلع بين دول متعددة ، وقد ازدادت هذه الصفة فى العصر الحديث وضوحا وهى تزداد على الزمن قوة واتساعا وإن نظام النيابة لهو من مستلزمات مثل هذه التجارة التى ينبسط ميدانها فيشمل العالم كله ذلك أن ضرورة ابرام عقود متعددة فى أكثر من دولة فى وقت واحد يجعل من المستحيل عملا على ذوى الشأن أن يتولوا ذلك كله بأشخاصهم . واذن فلا بد لهم من الالتجاء الى ابرام تصرفات بوساطة آخرين أى بطريق النيابة . ومن هنا كان توحيد القواعد التى تحكم النيابة فى التصرفات القانونية أمرا بالغ الأهمية وعظيم الفائدة للتجارة الدولية وهو ما لم يفت لجنة المشروع أن تنوه به فى صدر تقريرها .

كما أشار التقرير الى أن المشروع الموحد ينصب على النيابة كنظام قائم بذاته لا يختلط بتطبيقاته المختلفة التى أشهرها وأكثرها ذيوعا عقد الوكالة ولذلك تنظم أحكام المشروع علاقة الأصيل بالغير الذى يتعاقد معه النائب — وهذا هو الوجه الخارجى لظاهرة النيابة — ولا تلتفت كثيرا الى علاقة النائب بالأصيل وهو الوجه الداخلى للنيابة الذى يختلف باختلاف ما بين الأصيل والنائب من علاقة وكالة أو فضالة أو عمل أو غير ذلك وهى علاقات لكل منها التنظيم الخاص به فى القانون .

هذا وقد تناول المشروع نشأة النيابة ومداها وآثارها وانقضاءها وهو فى بعض أحكامه يعكس نظرية معينة فى طبيعة النيابة ، وسنتناول فى هذا البحث — بالقدر الذى يسمح به المجال — أحكام المشروع بالشرح والتعليق وسنعرض بهذه المناسبة لدراسة بعض نواحى النظرية العامة للنيابة متبعين فى دراستنا المنهج المقارن مع الاهتمام بصفة خاصة بمقارنة أحكام الشريعة الإسلامية بأحكام القوانين الحديثة وسنقسم الموضوع الى خمسة أقسام .

(١)

طبيعة النيابة

٣ – ترتبط مشكلة الطبيعة القانونية للنيابة أوثق ارتباط بتحديد صاحب الارادة التعاقدية فى التصرف المبرم بطريق النيابة ، ذلك أن ظاهرة النيابة فى العقود تنتظم أشخاصا ثلاثة : الأصيل والنائب والغير الذى يتعاقد معه النائب ، واذا كان هذا الغير هو أحد طرفى العقد وكان تعبيره عن ارادته منسوبا اليه بلا أدنى شبهة فان التعبير عن الارادة المقابل له والذى ينعقد العقد بتلاقيه مع التعبير الأول قد تقوم شبهة فى نسبته الى أحد شخصين – الأصيل صاحب الشأن فى العقد أو النائب الذى يتولى بالفعل ابرام ذلك العقد – فأيهما صاحب الارادة التعاقدية فى العقد الذى يبرم بطريق النيابة ؟

ان الاجابة على هذا السؤال يتوقف عليها الكثير من أحكام النيابة من حيث استيفاء الارادة التعاقدية لعناصرها وخلوها من العيوب وغير ذلك من الأحكام التفصيلية ، كما يقوم على تحديد شخص صاحب الارادة التعاقدية البناء النظرى لنظام النيابة وتبرير كيفية عملها على ايقاع آثار التصرف فى ذمة شخص لم يكن ظاهرا فى ابرامه ألا وهو الأصيل ، ففى النيابة نجد أنفسنا أمام حالة لا يكون فيها الطرف فى التصرف هو صاحب التعبير الارادى الذى ينعقد به التصرف وهنا يثور التساؤل : كيف ساغ أن تنصرف آثار التعبير عن الارادة الى غير صاحب ذلك التعبير ؟

كان الفقه القديم يجيب على هذا التساؤل جوابه التقليدى الذى كان يعتبره حلا لكل مشكلة تعترض الفقيه ألا وهو الافتراض fiction اذ كان يقال ان الأصيل هو الذى يفترض أنه صاحب الارادة التعاقدية وعن طريق هذا الافتراض تجتمع آثار العقد مع الارادة التى تبرمه فى شخص واحد هو الأصيل ولا يبقى ثمة اشكال . وحين تصدى الفقه لجوهر المشكلة بعد ذلك اتجه رأى سافينى الى أن الأصيل هو حقيقة لا افتراضا صاحب الارادة التعاقدية وما النائب إلا حامل لتلك الارادة واذن فيستوى طبقاً

لهذه النظرية النائب والرسول على أن هذه التسوية بين الرسول والنائب لا تطابق حقيقة الواقع فضلا عن أنها لا تصلح لتبرير النيابة القانونية حيث يكون الأصيل فاقد الارادة أو ناقصها ، ومن ثم اتجه البحث وجهة ارادة النائب واستقر فى الفقه الحديث أن للنائب دورا اراديا خاصا فى كل تصرف يجرى بطريق النيابة على أن المذاهب قد تشعبت بعد ذلك — ففريق يرى أن الارادة التعاقدية هى برمتها للنائب ، وفريق يرى أن الأصيل والنائب يشترك كل منهما فى ابرام التصرف فيكون لارادة كل منهما نصيب فى العقد .

٤ — واذ كانت الارادة التعاقدية فى التصرف الذى يتم بطريق النيابة هى للنائب — اما كلية طبقا لنظرية ارادة النائب واما مع ارادة الأصيل طبقا لنظرية اشتراك الارادتين — فان الفقه يواجه جهارا مشكلة تبرير رجوع آثار ارادة النائب الى الأصيل وهنا تتعدد المحاولات الفقهية التى يطول بنا القول لو أردنا استقصاءها [1] ، وعندنا أن تبرير وقوع آثار ارادة النائب فى ذمة الأصيل — وبالتالى شرح طبيعة النيابة — ينبغى البحث عنه على ضوء الدور الذى للتصرفات القانونية فى النظام الاجتماعى وفى نصيب الارادة من هذا الدور — ذلك أن التصرفات القانونية كلها فى الاصل ظواهر اجتماعية نشأت عفوا أو بقصد من اطرافها تلبية لحاجيات الحياة الاجتماعية فالحياة فى المجتمع البشرى تقوم على تبادل المنافع بين أفراد الناس وعلى التعاون فيما بينهم على تحقيق أهدافهم الفردية والاجتماعية ، والافراد فى سعى كل منهم لتحقيق مصلحته الخاصة وفى عمله على القيام بدوره فى المجتمع يحتاجون مثلا الى أن يرتبط الفرد من أحد الجنسين بفرد من الجنس الآخر (الزواج) ، كما يحتاجون الى تملك الأموال وتبادلها (البيع والمقايضة) والى الانتفاع بما ليس فى ملكهم منها (الايجار والعارية) ، والى التعاضد فيما بينهم لبلوغ الاهداف التى لايستقل الواحد منهم ببلوغها (الشركة والوكالة) الى غير ذلك من الأغراض والغايات الاجتماعية والاقتصادية . ولا ريب أن الأفراد قد اصطنعوا — حتى قبل

---

[1] أنظر فى النظريات الفقهية المختلفة فى طبيعة النيابة — جمال مرسى بدر « النيابة فى التصرفات القانونية » الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص ٤٥—٧١

أى تنظيم قانونى للمجتمع — الوسائل المؤدية الى تحقيق غاياتهم هذه فنشأت بينهم مختلف المعاملات التى جاء القانون الوضعى من بعد وأسبغ عليها حمايته ورفعها الى مصاف التصرفات القانونية . فالتصرفات القانونية اذن هى وليدة الحياة الاجتماعية بالضرورة ، وهى فى جوهرها أدوات يتوصل بها الأفراد الى تحقيق الأهداف العملية — الاقتصادية أو الاجتماعية — التى يسعون اليها ، أدوات يرتب بها الأفراد مصالحهم الخاصة تلك المصالح التى يحميها القانون الوضعى اذ يسبغ على التصرفات القانونية صفة الالزام .

وكل تصرف قانونى اذن يستهدف غاية معينة وبالتالى فان لكل قاعدة قانونية تخلق من الظاهرة الاجتماعية البسيطة علاقة قانونية ملزمة غاية يستهدفها المشرع . واستهداف الغايات لا يمكن ان ينفك عن التصرفات القانونية ولا عن القواعد القانونية التى تحكمها ، فالسلوك البشرى — الذى تسن لتنظيمه قواعد القانون — يتميز حتما بأمرين هما : استهداف غاية ، واصطناع وسيلة وهذان الامران اللذان يميزان السلوك البشرى بطبيعته (أى من حيث هو سلوك بشرى) مشاهدان فى كل ما يصدر عن الانسان على وجه العموم وفى التصرفات القانونية على وجه الخصوص .

والغاية التى يستهدفها التصرف القانونى هى الوظيفة التى يقوم بها ذلك التصرف فى النظام الاجتماعى ، ولأجل تيسير أداء تلك الوظيفة الاجتماعية للتصرف القانونى توضع قواعد القانون ، وتيسير أداء تلك الوظيفة الاجتماعية يجب أن يكون نصب الاعين عند تفسير وتطبيق قواعد القانون الوضعى وكذلك عند محاولة اقامة البناء النظرى للظواهر التى ينتظمها علم القانون .

متى وضعنا نصب أعيننا هذه الوظيفة التى للتصرف القانونى فى النظام الاجتماعى أمكننا أن نفهم حقيقة الدور الذى تلعبه الارادة فى التصرفات القانونية ، فلئن كان التصرف القانونى اعلانا عن ارادة متجهة الى احداث آثار قانونية فان النظر الى الوظيفة التى يؤديها التصرف القانونى فى المجتمع باعتبار الأغراض الاجتماعية والاقتصادية التى تهدف الى تحقيقها التصرفات

القانونية ، يفضى حتما الى القول بأن الارادة فى التصرف القانونى غير مقصودة لذاتها وانما هى وسيلة لبلوغ الغرض الاجتماعى أو الاقتصادى المقصود من ذلك التصرف .

ومتى فرقنا فى التصرف القانونى على هذا الوجه بين النتيجة الاجتماعية أو الاقتصادية التى يرمى اليها وبين الارادة التى هى قوام ذلك التصرف ، أو بعبارة أخرى متى أمكننا أن نميز بوضوح الغاية المقصودة من التصرف القانونى والوسيلة الى بلوغ هذه الغاية تبينا أنه ليس من المحال عقلا ولا من الممتنع قانونا أن تنفصل الغاية عن وسيلتها فتكون الوسيلة لشخص والغاية لآخر ، ذلك أن وقوع آثار التصرف القانونى للشخص الذى صدرت عنه الارادة المنشئة له دون غيره واعتبار وقوع تلك الآثار لغير ذلك الشخص شذوذا وخروجا على منطق الأشياء انما هو نتيجة لعدم تفهم دور الارادة الحقيقى فى التصرف القانونى ونتيجة اعتبار تلك الارادة –التى هى قوام التصرف القانونى – مع آثار ذلك التصرف وحدة لا تنفصم ولا تنقسم ، أو هو ثمرة العجز عن التفريق فى التصرف القانونى بين غايته وبين الوسيلة اليها ، وهى نظرة الى التصرف القانونى سطحية غير نفاذة .

وعلى ضوء هذه التفرقة بين آثار التصرف القانونى – وهى الغاية الاقتصادية أو الاجتماعية المقصودة منه – وبين الارادة المنشئة للتصرف – وهى الوسيلة لبلوغ تلك الغاية – يمكننا أن نتفهم عمل النيابة فنرى أنه فى كل حالة من الحالات التى تعرض فيها النيابة بأنواعها المختلفة تكون أمام غاية مقصودة لشخص معين يتوسل اليها بارادة شخص آخر غير الذى تتحقق فى ذمته الغاية من التصرف القانونى فتكون الغاية للأصيل والوسيلة اليها للنائب . وليس فى حكم العقل ولا فى منطق القانون مانع من اتخاذ ارادة شخص ما وسيلة لبلوغ غاية اقتصادية أو اجتماعية تتحقق لشخص غيره .

٥ – وعندنا أن كثيرا من الخلاف الذى كان – ولا يزال – محتدما حول الطبيعة القانونية للنيابة وكثيرا من النظريات المختلفة التى ظهرت لتفسير

تلك الطبيعة انما يرجع الى التأثير البالغ الذى لنظرية الالتزام على التفكير القانونى قديما وحديثا . فالنظرية العامة للالتزام هى عند الغالبية العظمى من الفقهاء قطب الرحى فى القانون المدنى وهى المحور الذى تدور حوله – وتستمد منه – كل المبادئ المدنية العامة .

والنيابة فى التصرف القانونى منظورا اليها من زاوية الالتزام حرية أن تثير – كما أثارت فعلا – كثيرا من المشكلات يمكن ردها عموما الى ما فى ارتباط شخص بارادة غيره من شذوذ فى منطق نظرية الالتزام الذى مؤداه ان التصرف القانونى كمصدر للالتزام لا يصيب بأثره ذاك الا شخص المتصرف دون سواه .

ولقد كان من أثر تسلط نظرية الالتزام على الأدب القانونى أن ظهرت تلك المحاولات التى استهدفت تفسير طبيعة النيابة على صورة لا تخرق منطق قواعد النظرية العامة للالتزام ، وذلك كالنظرية التى تنسب الارادة التعاقدية فى التصرف الحاصل بطريق النيابة الى الأصيل دون النائب حتى لا يكون فى التزام الأصيل بآثار ذلك التصرف حرج ، وكنظرية الافتراض التى مؤداها نسبة الارادة التعاقدية آخر الأمر الى الأصيل ، ثم نظرية اشتراك الارادتين على تعدد صورها التى ترمى جميعا الى تقرير نصيب للأصيل فى الارادة التعاقدية – قل أو كثر – وذلك حتى يسوغ فى منطق نظرية الالتزام أن يرتبط الأصيل بنتائج ذلك التصرف ، ولذلك كان من الأجدى أن ينظر الىالنيابة من زاوية أخرى غير زاوية الالتزام ومن ثم فقد عرضنا لها من ناحية الوظيفة التى للتصرف القانونى فى المجتمع ، تلك الوظيفة التى تتمثل فى اسباغ حماية القانون على معاملات الأفراد التى يستهدفون بها بلوغ أغراض اقتصادية أو اجتماعية هى النتائج المقصودة لما يبرمونه من تصرفات قانونية . والتصرف القانونى على هذا الوجه يبدو مجرد أداة يتوسل بها الأفراد الى تحقيق غايات اقتصادية واجتماعية معينة ، وهذه الأداة لا يمتنع عقلا ولا منطقا أن تحقق تلك الغايات فى شخص غير صاحبها كما تحققها فى شخص من صدرت عنه الارادة المنشئة للتصرف القانونى .

وهكذا فان منطق النظرية العامة للتصرف القانونى يسيغ مبدأ النيابة كما لا يسيغه منطق النظرية العامة للالتزام — ولا غرو فان الالتزام ، تلك الرابطة القانونية vinculum juris بين شخصين ، لا يسهل تصوره الا فيما بين منشئيه ، أما التصرف القانونى بوصفه وسيلة الى غاية عملية فليس ما يمنع من تحقيقه تلك الغاية لشخص لم يكن هو صاحب الارادة التى يقوم عليها التصرف وذلك متى أراد صاحب الشأن هذا الوضع ، وهو ما نراه فى النيابة الاتفاقية ، أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية القانون كما هو الأمر فى حالات النيابة القانونية (1) .

٦ — هذا وان الخلاف بين مذهب ارادة النائب ومذهب اشتراك الارادتين ليس خلافا نظريا بحتا بل ان له نتائج عملية هامة فى أحكام النيابة اذ يتوقف على المذهب الذى نعتمده تحديد الشخص الذى يعتد به عند بحث عيوب الارادة وعند تحرى توفر عناصر الارادة التعاقدية وغير ذلك ، فأى هذين المذهبين استوحاه مشروع القانون الموحد الذى بين أيدينا ؟

---

(1) فكرة الغائية من الأفكار الفلسفية القمينة بأن تعطى فى مجال الدراسات الفقهية نتائج طيبة ، ومع ذلك فانها لم تلق حتى الآن الالتفات الكافى وبخاصة من الفقهاء العرب . وقد استعنا بهذه الفكرة فى تبيان الطبيعة القانونية للنيابة على أساس من نظرية ارادة النائب (أنظر : « النيابة فى التصرفات القانونية » — الاسكندرية ١٩٥٤ ص ٧٤-٨١) . كما أن للغائية دورا هاما فى بناء نظرية التحول (أنظر أحمد يسرى : « تحول التصرف القانونى » رسالة من هيدلبرج ١٩٥٥ الترجمة العربية ، القاهرة ١٩٥٨ وبخاصة ص ١٦٠-١٦٥ و٢٥٢ وختام ص ٢٦٤) وكذلك نجد أن لهذه الفكرة شأنا كبيرا فى تكييف العقود (أنظر أحمد زكى الشيتى : "تكييف العقود" (بالفرنسية) رسالة من القاهرة سنة ١٩٤٤ ص ٦٦ وما بعدها) كما يستعان بفكرة الغائية فى التمييز بين عنصرى الالتزام : المديونية والمسئولية (أنظر اسماعيل غانم : « أحكام الالتزام » القاهرة ١٩٥٦ ، ص ١٨ بند ١٠) . وفى صدد تأصيل الكثير من أحكام التأمينات يلجأ الفقه الحديث الى فكرة الغائية (أنظر شمس الدين الوكيل : « نظرية التأمينات فى القانون المدنى الجديد » ج ١ الاسكندرية ١٩٥٦ ، بند ١١ وما بعده) . وعلى الجملة فان اعادة النظر فى كثير من النظم القانونية من زاوية الغاية والوسيلة يلقى على تلك النظم ضوءا جديدا (أنظر فى ذلك روجيه بيرو : « تأثير الصنعة فى النظم القانونية على الغاية منها » (بالفرنسية) رسالة من باريس ١٩٥٣) .

تنص المادة ١٢ من المشروع على أنه :

« لتحديد قابلية التصرف الذى أجراه النائب للابطال من أجل عدم توفر الرضا ، أو من أجل تعيبه وكذا لتحديد أثر العلم أو الجهل بوقائع معينة على ذلك التصرف يتعين الاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصيل واما بالشخصين معا تبعا لما كان لكل منهما أو لكليهما من تأثير فى ابرام التصرف » .

وواضح من هذا النص أن المشروع الموحد قد تبنى نظرية اشتراك الارادتين لأنه قد جعل المرجع فى بحث الارادة التعاقدية الى شخص النائب والأصيل واعتبر أن لكليهما دخلا فى ابرام التصرف الحاصل بطريق النيابة .

أول من قال بهذه النظرية الفقيه الألمانى « متيس Mitteis » فى كتاب له عن النيابة فى القانون الرومانى سنة ١٨٨٥ (١) . ثم تابعه فيها تارتوفارى فى ايطاليا (٢). ومؤدى نظرية متيس أن التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة ليس وليد ارادة الأصيل وحده ولا وليد ارادة النائب وحده ، وانما هو نتاج تعاون هاتين الارادتين اللتين تشتركان فى التصرف القانونى وتولدانه معا وعليه فيتعين النظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب لمعرفة نصيب كل منها فى التصرف القانونى فيعتد بارادة النائب فى حدود ما باشره بنفسه ويعتد بارادة الأصيل فى حدود التعليمات الصادرة منه لنائبه .

ولتوضيح كيفية تطبيق نظريته يقرر متيس أن جميع حالات النيابة تدخل فى واحد من الأقسام الثلاثة الآتية :

---

(١) Mitteis, Ludwig : Dei lehre von der stellverterung nach romischen Recht, Wein 1885.

وأنظر عرض النظرية فى كوربسكو ص ٣٧ وما بعدها ، ديموج ص ٢٤١ بند ١٤٩ ، باكيونى ص ٢٩٩ ، رواست ص ١٠٢

(٢) Tartufari, Luigi : Della rappresentanza nella conclusione dei contratti, in "Archivio Giuridico", vol. 43, 1889.

(ا) حالات يعطى فيها الأصيل للنائب وكالة محددة ومقيدة بشروط ما على النائب الا اتباعها وهذه الحالات أدخل فى باب الرسالة .

(ب) حالات يعهد فيها الأصيل الى النائب باجراء تصرف قانونى يترك للنائب تحديد مضمونه بلا تقييد ولا تحديد .

(ج) حالات يحدد فيها الأصيل للنائب بعض عناصر التصرف القانونى ويترك له تحديد بعضها فتكون لكل من الأصيل والنائب ارادة معينة وانما جزئية .

ففى الحالات الداخلة فى القسم الأول يجب الاعتداد بارادة الأصيل فقط اذ تكون هى المنشئة للتصرف القانونى ، وفى الحالات الداخلة فى القسم الثانى يعتد بارادة النائب وحده ، أما حالات القسم الثالث حيث تشترك ارادتا النائب والأصيل فى التصرف القانونى بنسب متفاوتة فيعتد فيها بارادة الأصيل أو بارادة النائب فى النطاق الذى تكون كل منهما مؤثرة فيه ، هذا مع ملاحظة أن احدى الارادتين المشتركتين تكون الغالبة فى التصرف القانونى وقد تكون هى ارادة النائب أو ارادة الأصيل حسب الأحوال .

وهنا يقيم متيس تفرقة دقيقة اذ يقول : ان توزيع الارادة بين الأصيل والنائب قد يكون منصبا على شروط العقد المختلفة [1] ، وقد يكون منصبا على اتمام العقد أصلا أو عدم اتمامه [2] فمثال النوع الأول أن يحدد الأصيل الشيء المراد شراؤه تاركا تحديد الثمن للنائب . وفى هذا النوع ينظر الى ارادة الأصيل فيما يختص بالشيء محل العقد — فى مثالنا المتقدم — والى ارادة النائب فيما يختص بالثمن ، واذن فيصح فى مثل هذه الحالة للأصيل رفع دعوى العيب الخفى حتى لو كان النائب عالما بعيوب الشيء . أما النوع الثانى فمثاله أن يحدد الأصيل الشيء المراد شراؤه وثمنه وسائر شروط العقد تاركا مع ذلك للنائب تقدير ملاءمة اجراء التصرف أى اتخاذ القرار النهائى

---

(1) ويسمى هذا النوع توزيعا منبسطا extensive للارادة .

(2) ويسمى هذا النوع توزيعا مركزا intensive للارادة — أنظر باكيونى ، ص ٣٠٠

فى اتمام العقد أو عدم اتمامه ، وفى هذا النوع ينظر الى ارادة الأصيل والى ارادة النائب فى نطاق تأثير كل منهما فى العقد .

٧ — هذه هى النظرية التى نالت لتوسطها بين الطرفين موافقة طائفة من الفقهاء فى فرنسا (١) وفى مصر أيضا (٢) ، كما ان أنصارها فى ايطاليا — وطن أحد مبتدعيها — لايزالون فى ازدياد .

على أن هذه النظرية لا تتفق وأحكام القانون الوضعى فان مقتضاها الاعتداد بارادة الأصيل — فيما كانت مؤثرة فيه — عند النظر فى سلامة الارادة وفى العلم ببعض الظروف الخاصة ، فلو أخذنا مثال البيع وكان المشترى وكيلا صدرت له من موكله تعليمات معينة خاصة بالشىء المراد شراؤه وكان الموكل يجهل عيوبا فى الشىء يعلمها الوكيل فان حكم القانون فى مثل هذه الحالة صحة العقد ويمتنع على الموكل رفع دعوى العيب الخفى بعكس ما تقتضيه هذه النظرية . وفى هذا الخصوص تنص المادة ١٠٤ / ١٠٥ من القانون المدنى المصرى / السورى (٣) على أنه « اذا تم العقد بطريق النيابة

---

(١) كوربسكو ، رسالة من باريس سنة ١٩١٢ — ديموج ص ٢٤٢ بند ١٥٠ — رواست ص ١٠٨ — فيفوريانو ص ٤٧٢ — فالك — بيروتان ص ٣٨ — بولانجيه ، مقدمة لرسالة كلاريز ص ٧—٨ — اسمان ، فى موسوعة بلانيول وريبير ج ٦ (طبعة ١٩٥٢) بند ٥٧ — سافاتييه ، فى مقال منشور فى « دالوز الأسبوعى » ١٩٥٩ ، ص ٥٠ وما بعدها وبخاصة بند ٢٢

(٢) السنهورى ، الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وبند ٨٥ ص ١٩٣ — حلمى بهجت بدوى ، بند ٥٠ ص ٨٧ « ان العقد الذى يعقده النائب انما يشترك فيه ارادة النائب والغير المتعاقد معه والأصيل . وارادة النائب تتفاوت فى الأثر بتفاوت الحرية التى تركت له فى العقد . والتطبيق الدقيق لقواعد التراضى يؤدى بنا الى الرجوع الى ارادة النائب فى كل ما كان له الحرية فى تصريفه والى ارادة الأصيل فى كل ما فرض على النائب » — وحشمت أبو ستيت بند ١٢٤ — وأنور سلطان : "النظرية العامة للالتزام" ج ١ بند ٥٨ ص ٦٩ — كما اختار هذه النظرية كذلك شفيق شحاته فى ختام بحثه عن « فكرة النيابة فى القانون الرومانى » مجلة القانون والاقتصاد سنة ١٩٤٥ بالفرنسية ص ١٧٢ وحاشية ١ ومع ذلك فسنرى أن هذه النظرية لا تتفق وأحكام القانون المدنى المصرى / السورى .

(٣) وتقابلها المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى والمادة ٣١ فقرة ٢ و ٣ من المشروع الفرنسى — الايطالى . وتضرب المذكرة الايضاحية للقانون المدنى المصرى مثالا آخر هو مثال البيع =

كان شخص النائب لا شخص الأصيل هو محل الاعتبار عند النظر فى عيوب الارادة أو فى أثر العلم ببعض الظروف الخاصة أو افتراض العلم بها حتما » وتضيف الفقرة الثانية من هذه المادة « ومع ذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أن يعلمها » . وهذه الفقرة لا تتضمن فى رأينا تطبيقا لنظرية التعاون اذ أنها قاصرة على صورة واحدة هى صورة علم الأصيل لظروف معينة يجهلها النائب . والغاية من هذه الفقرة قطع السبيل على اساءة استعمال النيابة بحيث يمتنع على الأصيل سيء النية الاحتماء وراء حسن نية نائبه والتمسك بجهل النائب لظروف كان يعلمها هو ، ولولا الاستثناء الذى تضمنته هذه الفقرة لأمكن أن ينعقد بواسطة نائب حسن النية عقد ما كان يقع صحيحا لو عقده الأصيل وهو تحايل لا يمكن أن يجيزه القانون .

وجدير بالملاحظة أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤/١٠٥ يقتصر تطبيقها على الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة (سوء النية والعلم أو الجهل بظروف التعاقد) ولا انطباق لها على عيوب الارادة (الغلط والتدليس والاكراه) [1] ، ففيما يختص بهذه العيوب يكون المرجع دائما ارادة النائب طبقا لحكم الفقرة الأولى من هذه المادة وذلك حتى فى الحالات التى فيها يكون النائب وكيلا يتصرف طبقا لتعليمات صدرت له من موكله ، وهذا التحديد لمدى الفقرة الثانية من المادة ١٠٤/١٠٥ يتفق والمقرر فى الفقه الألمانى بشأن مدى الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى (وهى الأصل الذى استمدت منه

= الذى يتم بين مدين معسر وبين وكيل المشترى المتواطىء معه بينما يكون موكله حسن النية غير عالم بحالة البائع . وتقول المذكرة أن هذا العقد يكون قابلا للطعن بالدعوى البولصية ، وهو خلاف ما تقتضيه نظرية اشتراك الارادتين أو التعاون **collaboration** اذا فرضنا أن الشراء كان بناء على تعليمات صادرة من الأصيل .

(١) السنهورى : الوسيط ج ١ بند ٨٦

المادة ١٠٥/١٠٤ من قانوننا) فثمة يقرر الفقه أن الاستثناء الذى توردده الفقرة الثانية من المادة ١٦٦ على القاعدة المقررة فى الفقرة الأولى منها لا يخص الا حسن نية الأصيل وسوءها ولا يمتد الى عيوب الارادة التى تنطبق عليها فى كل الحالات القاعدة التى تضمنتها الفقرة الأولى ألا وهى الاعتداد بارادة النائب [١] .

ويدل على صحة ما نذهب اليه من أن هذا النص فى قانوننا المدنى لا يعتبر اعتناقا لنظرية تعاون الارادتين مقارنة ذلك النص بنص المادة ١٣٩١ من القانون المدنى الايطالى الذى يعتمد تلك النظرية ، فالنص الايطالى يقرر أنه :

---

(١) بوبسكو — رامنسيانو ص ٣٩٢-٣٩٣ والمراجع الألمانية المشار اليها فيه .

وقارن عبد الحى حجازى ، ج ٢ ص ٢٣٨ . «أما الفقرة الثانية (من المادة ١٠٤) فتورد استثناء على الفقرة الأولى ، فاذا كان مقتضى الفقرة الأولى وجوب الاعتداد بشخص النائب من حيث عيوب الارادة والعلم أو افتراض العلم ببعض الظروف الخاصة ، فان مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد عند النظر فى الأمور السابقة — بارادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . وفى هذا الرأى الذى يسحب حكم الفقرة الثانية على عيوب الارادة كذلك توسع فى مدلول المادة ٢/١٠٤ لا يبيحه النص ، ونعتقد على أساس ما تقدم فى المتن أنه ليس فى محله .

وانظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد » الكتاب الأول — مصادر الالتزام — القاهرة ١٩٥٤ — بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يتساءل المؤلف عما اذا كان انطباق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ «يقف عند حد علم الأصيل ببعض الظروف كما هو واضح فى النص » . أم يمتد الى عيوب الارادة ؟ ويقر أستاذنا الدكتور أبو ستيت أن واضع القانون الجديد يبدو أنه يأخذ بالحل الأول (الوسيط ج ١ فقرة ٨٦) ، غير أنه يستطرد فيقول « أما نحن فلا نرى بأسا من الأخذ بالحل الثانى وعلى ذلك اذا أكره الأصيل مثلا على أن يعقد تصرفا فاختار وكيلا عنه فى عقد ذلك التصرف والحال أن الوكيل لم يقع عليه اكراه فان التصرف يقع قابلا للابطال » . ونرى ان هذه التوسعة من نطاق المادة ٢/١٠٤ حتى تشمل عيوب الارادة لا محل لها مع وضوح النص ، كما أنه لا حاجة اليها فى مثل المثال الذى ساقه الأستاذ لأن الوكالة ذاتها تكون مشوبة بعيب الرضا لصدورها من الموكل تحت تأثير الاكراه ومتى أمكن ابطال الوكالة لهذا السبب لم يكن تصرف الوكيل نافذا فى حق الأصيل وبذلك نصل الى النتيجة نفسها ولكن على أساس نظرى صحيح ودون ارهاق لنص المادة ٢/١٠٤ .

« فى الحالات التى يعتد فيها بحسن النية أو سوء النية وبالعلم أو الجهل بظروف معينة يرجع الى شخص النائب فيما عدا ما يتصل بالعناصر التى حددها الأصيل مقدما » .

فهذا النص يطلق قاعدة الرجوع الى شخص الأصيل فى كل ما يتصل بعناصر التصرف التى يحددها لنائبه مقدما ، أما النص المقابل من القانون المصرى /السورى فلا يجعل الاعتداد بارادة الأصيل قاعدة عامة فى كل ما يخص العناصر التى حددها لنائبه ، وانما يتمحض ذلك النص للحالة الوحيدة التى يكون فيها الأصيل عالما بظروف معينة يجهلها النائب ولا يتسع للحالة العكسية التى يكون فيها الأصيل جاهلا لظروف يعلمها النائب . واذن فليس فى نص المادة ١٠٤/١٠٥ فقرة ثانية تطبيق لنظرية تعاون الارادتين ، بل ان كل ما يرمى اليه هذا النص هو الاحتياط لعدم اساءة استعمال النيابة والتوسل بها الى ابرام تصرف لم يكن ليصح لو قام به صاحب الشأن بطريق الاصالة [1] .

٨ — وهذا التحديد لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٤/١٠٥ يتمشى — كما سبق لنا القول — وما نجده مقررا بشأن أصلها التشريعى وهو الفقرة

---

(١) « غير أن هذا المبدأ (وهو أن العبرة بعلم النائب وجهله دون الأصيل) قد يؤول باطلاقه الى حالات تنافى منطق المسئولية ويفسح المجال للأصيل أن يستغل هذا المبدأ بسوء نية للتهرب من مسئوليات يجب أن يخضع لها . فقد يكون الأصيل على علم ببعض الظروف التى للعلم بها تأثير فى نتائج التصرف فيلجأ الى انابة شخص فى هذا التصرف جاهل بتلك الظروف ويرسم له تعليمات معينة ليتصرف وفقا لها كما لو كان فى مثالنا السابق أن الأصيل عالم باعسار المدين ومتواطىء معه فوكل وكيلا بشراء أموال هذا المدين بثمن بخس والوكيل لا يعلم من الأمر شيئا . ففى مثل هذه الحال احتاط القانون فنص على أن الوكيل اذا كان يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله فليس للموكل أن يتمسك بجهل وكيله لظروف كان يعلمها هو أو كان من المفروض حتما أنه يعلمها (م ١٠٥) ، فعلم الموكل هنا معتبر ومؤثر ولو كان الوكيل حسن النية جاهلا بتلك الظروف المؤثرة فى التصرف » .

(مصطفى الزرقا « محاضرات فى القانون المدنى السورى » من منشورات معهد الدراسات العربية العالية — القاهرة ١٩٥٤ — بند ٧٨ ص ٧٣—٧٤) . وبنفس المعنى — السيد على المغازى — الوجيز فى نظرية الالتزام — ص ١٢٤—١٢٥

الثانية من المادة ١٦٦ من القانون المدنى الألمانى ، فشراح تلك الفقرة يرون أنه متى كان حسن النية غير متوفر فى النائب لعلمه أو لوجوب علمه حتما ببعض الظروف المعينة فان الآثار التى يرتبها القانون على حسن النية لا تتولد حتى بفرض توفر حسن النية فى الأصيل وبصرف النظر عن اعطائه أو عدم اعطائه تعليمات محددة لنائبه (١) . واذن فهذه الفقرة تقتصر على صورة علم الأصيل بظرف يجهله النائب وتضيق عن استيعاب صورة جهل الأصيل لظرف كان نائبه على علم به ، ولا يغير من ذلك أن يكون النائب وكيلا يتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله .

هذا ولا نعدم فى الفقه الألمانى رأيا انبنى على اساءة فهم مدى المادة ٢/١٦٦ وهو رأى الفقيه ديرنبرج Dernburg الذى استنتج من ذلك النص أن القانون المدنى الألمانى لم يأخذ بنظرية ارادة النائب وانما اعتمد نظرية وسطا غير أن هذا الرأى مرجوح فى الفقه الألمانى الذى لا يرى سائر شراحه فى المادة ٢/١٦٦ خروجا عن نظرية ارادة النائب وانما مجرد تطبيق لمبدأ حسن النية الذى ينبغى أن يسود المعاملات (٢) . ويبدو أن مثل هذا الرأى المرجوح قد تطرق الى الفقه المصرى نتيجة تفسير الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ على وجه لا يحتمله نصها ولا تبرره حكمتها ولا ينهض له سندا أصلها التشريعى (٣) .

---

(١) « سالى » فى الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى ج ١ ص ٢٠٩

(٢) بوبسكو – رامنسيانو ص ٣٩٠–٣٩١ والمراجع الألمانية المذكورة فيه .

(٣) وعلى أساس ماتقدم فى المتن نعتقد أنه لايصح على اطلاقه ماجاء فى كتاب أستاذنا العميد الدكتور أنور سلطان « النظرية العامة للالتزام » الاسكندرية ١٩٥٤ – ج ١ ص ٥١–٥٢ من قوله « واذا كانت ارادة الأصيل قد اشتركت مع ارادة النائب فى ابرام التصرف القانونى كما لو كان النائب يتبع تعليمات الأصيل فى بعض أمور العقد . فانه يجب الرجوع كذلك الى ارادة الأصيل لتقدير سلامتها من العيب فى حدود هذه التعليمات . كذلك يجب الاعتداد بنية الأصيل فى حدود التعليمات التى أصدرها للنائب . وعلى هذا الحكم نصت الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ » . فالواقع أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لا شأن لها بعيوب الارادة وانما تقتصر على النية (أنظر آنفا الفقرة ٧) . كما أن الاعتداد بنية الأصيل ليس واجبا فى جميع الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات الأصيل وانما فقط فى حالة علم الأصيل بظروف كان النائب يجهلها . =

=وفى القول بغير ذلك تقييد لاطلاق حكم الفقرة الأولى من المادة ١٠٤ بغير مقيد . ومما لا يخلو من الدلالة أن المثال الوحيد الذى يضرب به الأستاذ العديد فى الموضع المذكور من مؤلفه المشار اليه هو مثال الأصيل الذى يعلم باعسار البائع ويصدر لنائبه الذى يجهل ذلك الظرف تعليمات بشراء عين مملوكة لذلك المدين المعسر . واذا كان هذا الرأى فى تفسير المادة ١٠٤ هو مبنى ما جاء بالمرجع المذكور (ص ٦٩) من القول بأن التقنين المدنى الجديد قد أخذ بنظرية اشتراك الارادتين كان فى ذلك القول نظر .

ومن الرأى نفسه فى مدلول الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى فى مؤلفه « النظرية العامة للالتزام » القاهرة ١٩٥٤ – ج ٢ ص ٢٣٨–٢٣٩ . ويرد على رأيه نفس الاعتراض المتقدم ويلاحظ أن المثالين اللذين يضربهما المؤلف يخصان حالتين يكون الأصيل فيهما عالما بظروف يجهلها النائب . ويعقب المؤلف بقوله « لا يجوز للأصيل سيء النية أن يستفيد من جهل أو من حسن نية النائب فكما أن القانون لم يعف الأصيل من تحمل آثار سوء نية النائب فبأن يحمله آثار سوء نيته هو كان أولى ، ثم لا يجوز البتة أن يتخذ الأصيل من النيابة درعا يدرأ به نفسه سوء نية نفسه » . ومتى كانت هذه هى علة الحكم الذى أوردته الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ فان هذه العلة تقتضى تقدير حكم النص بقدرها ، واذن فهى لا تصلح سندا لاطلاق قول المؤلف (ص ٢٣٨) أن « مقتضى الفقرة الثانية أن يعتد – عند النظر فى الأمور السابقة – بارادة الأصيل وذلك اذا كان النائب وكيلا ويتصرف وفقا لتعليمات معينة صدرت له من موكله » . ويكفى للتدليل على صحة اعتراضنا أن نتصور حالة وكيل يتصرف بناء على تعليمات الموكل ويكون هذا الأخير جاهلا اعسار البائع بينما يعلم الوكيل بهذا الظرف ، فهنا لا يعتد البتة بشخص الموكل فان القانون المصرى « لم يعف الأصيل من تحمل آثار سوء نية النائب » .

وانظر أحمد حشمت أبو ستيت « نظرية الالتزام فى القانون المدنى الجديد » ج ١ القاهرة سنة ١٩٥٤ – بند ١٢٧ ص ١٢٠ حيث يقر المؤلف أن الراجح الذى يؤدى اليه النص ويأخذ به واضع مشروع القانون هو اقتصار الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ على الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة دون عيوب الارادة ، غير أن المؤلف يستحسن اطلاق حكم هذه الفقرة على عيوب الارادة كذلك .

وهنا نرى أن أحد أنصار نظرية اشتراك الارادتين فى الفقه المصرى يبنى اختياره ، لا على استقراء الأحكام الوضعية للنيابة ، وانما على مطلق الاستحسان مما يخرج بنا من مجال العلم الى مجال الفلسفة ، اذ أن هذا الرأى لا يتعلق بما هو كائن وانما يتعلق بما ينبغى – فى نظر الباحث – أن يكون ، بينما أن « علم القانون يقتصر بطبيعته على شرح نظام قائم بغير مناقشة أسسه ، والفقيه يلزمه منطقا بل ضرورة أن ينظر فيما هو كائن ويقصر جهده على فهم القواعد الوضعية وتفسيرها على الوجه الصحيح بغير بحث منه فيما اذا كان فى الامكان أن توجد قواعد أفضل منها . أما فلسفة القانون فتبحث فيما يجب – أو كان يجب – أن يكون عليه القانون بالمقابلة لما هو كائن فيه فعلا فهى بذلك تعارض الواقع العملى بالحقيقة المثالية » . ديلفيكيو – فلسفة القانون – باريس ١٩٥٣ ص ١٦ =

والخلاصة أن هذا النص فى قانوننا المدنى يبعد به عن أن يكون تكريسا من المشرع لنظرية اشتراك الارادتين أمران :

(الأول) أن مجال الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ هو الظروف الخاصة المتعلقة بالارادة ولا شأن لها بعيوب الارادة التى يحكمها اطلاق المبدأ الذى أوردته الفقرة الأولى على ما أوضحناه فيما تقدم .

(والثانى) أنه حتى فى هذا المجال المحدود يقتصر حكم هذا النص على صورة واحدة هى صورة علم الأصيل بظروف كان يجهلها النائب . واذن فمقصود هذا النص مجرد منع الأصيل سيىء النية من التستر بحسن نية نائبه ولا دلالة له على اشتراك ارادة الأصيل مع ارادة النائب فى ابرام التصرف .

٩ — هذا ولقد عيب على نظرية اشتراك الارادتين — بحق — من جهة أخرى أنها فى توزيعها الارادة التى ينعقد بها العمل القانونى بين النائب والأصيل وفى التحليل الذى تستتبعه لمعرفة نطاق تأثير كل من الارادتين وتحديد الارادة الغالبة فى كل حالة من الحالات تدخل بنا فى تقسيمات لا حصر لها تضفى على النظرية غير قليل من التعقيد [١] ، ثم أنها للسبب عينه تنظر الى النيابة فى عناصرها الداخلية من وكالة عامة أو خاصة أو عقد عمل ... الخ ، وتعتد اعتدادا كبيرا بالعلاقة المنشئة للنيابة بين النائب

= وقد ذهب المذهب عينه الأستاذ الدكتور عبد المنعم فرج الصدة (« محاضرات فى القانون المدنى — نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية » من منشورات معهد الدراسات العربية العالية — القاهرة ١٩٥٨ — ص ١٤٢) فهو مع تسليمه بأن نص المادة ٢/١٠٤ قاصر على حالة علم الأصيل بظروف يجهلها النائب يرى سحب حكم ذلك النص على عيوب الارادة متأثرا فى ذلك بنظرية اشتراك الارادتين ، ومستبقا الاعتقاد بأن القانون المدنى المصرى قد صدر عن تلك النظرية وهو اعتقاد لا نرى فى النصوص ما يبرره خاصة اذا ذكرنا أن الفقرة الثانية من المادة ١٠٤ لم تكن فى المشروع الأصلى ، وانما أضيفت فى لجنة المراجعة لحكمة معينة ينطق بها النص وهى منع النائب سيىء النية من الاحتماء بحسن نية نائبه .

(١) أنظر فيفوريانو — ص ٤٧١

والأصيل ، بينما يتعين الاحتفاظ لهذا النظام بذاتيته حتى يكون للنيابة كيان عام موحد مهما كانت العلاقة الداخلية المنشئة لها فيما بين النائب والأصيل ، ولتحقيق هذه الغاية يتعين صرف النظر عن العلاقة المنشئة للنيابة عند محاولة وضع نظرية عامة لها[1] . هذا الى أن نظرية اشتراك الارادتين تجعل الأصيل فى وضع ممتاز بالنسبة للغير اذ تعفيه من نتائج سوء نية نائبه كلما كانت الوكالة خاصة محددة اذ مقتضاها فى هذه الحالة عدم الاحتجاج على الأصيل بعلم النائب لعيوب المبيع الخفية أو بمصدره غير المشروع مثلا[2] ، وهو حل لا يتفق واعتبارات العدالة وحسن الآداب ولا يتمشى واستقرار المعاملات أو الحماية الواجبة للغير حسنى النية .

ويبدو لنا أن اشتراك ارادتى الأصيل والنائب فى اجراء العقد أو التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة لا يكون من السهل تصوره اذا ذكرنا أنه فى جميع حالات النيابة لا يقع اعلان ارادة الأصيل واعلان ارادة النائب فى وقت واحد ، وانما يكون اعلان ارادة الأصيل اما سابقا على اعلان ارادة النائب (كما فى الوكالة) أو لاحقا عليه (كما فى الفضالة) ولكنه لا يكون قط معاصرا له — والا انتفت فكرة النيابة وأصبح الأمر مجرد معاونة أو مساعدة من شخص لآخر فى اجراء العقد — وعليه ففى اللحظة التى ينعقد فيها العقد الذى يتم مع الغير بطريق النيابة لا تكون لدينا الا ارادة النائب وحدها وهى التى يقوم عليها — بتوافقها مع ارادة الغير — كيان العقد.

ثم ان القول باشتراك الارادتين مؤداه اعتبار النائب مجرد رسول بالنسبة لما هو من نصيب ارادة الأصيل فى التصرف ، وعلى هذا الوجه يكون النائب نائبا فى حدود ما كانت ارادته مؤثرة فيه ومجرد رسول فى خارج هذه الحدود من ذات التصرف[3] . وهو وضع لا يقتصر شذوذه

---

(١) أنظر فيفانتى — ص ٤٢٨

(٢) المرجع السابق ص ٤٢٩ حاشيه بند ٢٥٧

(٣) موسوعة بلانيول وروبير حـ ٦ (طبعة ١٩٥٢) بند ٥٧ والسنهورى — الوسيط ج ١ بند ٨٣ ص ١٩١ وحاشيه ١ . وقد أقر الأستاذ الكبير هذا الوضع ولم ينبه الى ما ينطوى عليه من شذوذ أشرنا اليه فى المتن .

على الناحية المنطقية البحتة بل يتعداها الى نواح عملية هامة ، منها تكييف العقد الذى يجريه النائب مع الغير من حيث اعتباره بين حاضرين أو بين غائبين ، فهل يعتبر تعاقد النائب مع الغير بين حاضرين فى النطاق الذى كانت ارادته مؤثرة فيه وبين غائبين فى النطاق الذى يعتبر فيه مجرد رسول ؟ وما المكان والزمان الذى يعتبر مثل هذا التعاقد قد تم فيهما (م ٩٧) ؟ لا شك أن الحرج الذى توقعنا فيه نظرية اشتراك الارادتين فى هذا الصدد واضح .

وأخيرا انتقد هذا المذهب من الناحية النظرية البحتة ، اذ قيل أن الارادة المنشئة للتصرف القانونى هى بمقتضى هذه النظرية ارادة صناعية ملفقة من أجزاء من ارادتين مختلفتين متميزتين هما : ارادة النائب وارادة الأصيل . ومثل هذه الارادة المصطنعة المركبة على هذا الوجه لا يمكن أن تكون ارادة تعاقدية لأن الارادة التى يبنى عليها القانون آثارا قانونية انما هى ذلك النشاط النفسى الموحد الصادر عن الشخص بقصد احداث أثر قانونى معين ، ولا كذلك تلك « الارادة » الملفقة من أشتات ارادتى النائب والأصيل كما هو مقتضى نظرية اشتراك الارادتين [١] .

١٠ — ومهما يكن من أمر فواضح أن مشروع «المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص» قد تبنى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما ينطق به نص المادة ١٢ من المشروع .

ومع ذلك فان التقرير المرافق للمشروع والذى وضعه الأستاذ ادوار موريتز ميرز من جامعة ليدن — وهو بمثابة مذكرة تفسيرية للمشروع — يتضمن الاقرار بأن « الاجماع منعقد فى جميع البلاد على أنه فى تقدير عيوب الرضا ينبغى — أساسا — الاعتداد بشخص النائب ، وأن النائب كذلك هو المرجع فى الحالات التى يكون العلم أو الجهل بوقائع معينة مؤثرا فى صحة العقد أو آثاره » .

---

(١) أنظر فى هذا المعنى باكيونى ص ٣٠٣

ثم يستطرد التقرير الى أن ثمة حالات يتعين فيها القول بأن ارادة الأصيل وكذا علمه أو جهله بوقائع معينة هما المؤثران فى العقد ، ويسوق التقرير بهذا الصدد مثالين :

(ا) حالة الوكيل الذى يتصرف وفقا لتعليمات معينة صادرة اليه من موكله . ويقول التقرير أن هذه الحالة مأخوذة عن المادة ١٦٦ من القانون الألمانى والمادة ١٣٩٠ من القانون الايطالى .

(ب) حالة علم الأصيل أو جهله بوقائع معينة مؤثرة فى التعاقد .

ومن أجل استيعاب هذه الأحوال اعتمد واضعو المشروع نص المادة ١٢ منه على الوجه المتقدم « الذى يسمح بالاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصيل واما بشخصيهما معا تبعا للتأثير الذى كان لكل منهما أو لكليهما فى ابرام التصرف ، واذن فهذه القاعدة تجعل فى الامكان مراعاة الظروف الخاصة بكل حالة على حدة » .

ولا يفوتنا بادىء ذى بدء أن نشير الى ما فى اسناد المثال الأول الذى أورده التقرير الى القانون الألمانى (م ١٦٦) والقانون الايطالى (م ١٣٩٠) من بعد عن الدقة ، فان المادة ٢/١٦٦ من القانون الألمانى تقتصر — كما سلف لنا البيان — على حالة واحدة هى حالة علم الأصيل بواقعة مؤثرة فى التعاقد كان يجهلها النائب ، ولا ينبسط هذا النص على جميع الحالات التى يعمل فيها الوكيل طبقا لتعليمات موكله ، ونطاقه من هذه الوجهة مطابق لنطاق الفقرة الثانية من المادة ١٠٥/١٠٤ من قانوننا المدنى . أما القانون الايطالى فهو وحده الذى يعتد بشخص الأصيل كلما اختص الأمر بعناصر كان قد حددها لنائبه مقدما (المادتان ١٣٩٠ و١٣٩١) .

وعلى ذلك فالجمع بين القانون الألمانى والقانون الايطالى كسند للقول بوجوب الاعتداد بشخص الأصيل كلما كان النائب يتصرف وفقا لتعليماته المحددة هو من قبيل التعميم الخاطىء اذ أن بين حكم القانون الألمانى (ومثله التقنينان المدنيان للجمهورية العربية المتحدة) وبين حكم القانون الايطالى فى هذه المسألة بونا بعيدا .

وبصرف النظر عن هذا الانتقاد – على وجاهته – فان الحالات التى يسوقها التقرير لتبرير الأخذ بنظرية اشتراك الارادتين يبدو على ضوئها أن ذلك النص يجاوز قصد واضعيه ، فالحالات المذكورة تتكفل بمعظمها نصوص التشريعات التى لم تعتمد تلك النظرية لأن مرجع تلك الحالات هو الى مبدأ حسن النية اذ القصد هو منع الموكل سيء النية من الاحتماء بحسن نية وكيله على ما سلف شرحه ، وهذا القصد من الميسور بلوغه بغير الاستناد الى نظرية اشتراك الارادتين وهو ما فعله المشرع الألمانى والمشرع المصرى السورى . وتبقى بعد ذلك دائرة ضيقة تشمل حالات تصرف الوكيل بناء على تعليمات من الموكل دون أن يصحب ذلك علم الموكل بظرف كان يجهله الوكيل ، فهنا يكون مقتضى نص المادة ١٢ من المشروع الموحد – كحكم القانون الايطالى – وجوب الاعتداد بشخص الأصيل دون شخص النائب كلما تعلق الأمر بما حدده الموكل لوكيله مقدما من عناصر التصرف .

١١ – والواقع أن فى الأخذ بهذا الحل خلطا بين تصرفين قانونيين متميزين ينبغى لحسن فهم نظام النيابة الفصل بينهما وتمييزهما بدقة ألا وهما : ١ – العقد المبرم بين الأصيل والنائب متضمنا انابة الأول للثانى (وهو فى الغالب الأعم عقد وكالة) و٢ – العقد محل النيابة الذى يجريه النائب مع الغير . فارادة الأصيل تتجلى فى التصرف الأول وهو ما نسميه بالانابة فهى المنشئة له والمحددة لمداه ، ولكن دور ارادة الأصيل يقف عند حد الانابة فلا يتعداها الى التصرف الثانى (وهو الذى يقوم به النائب بمقتضى الانابة) فهذا تصرف قانونى مستقل عن الانابة لا يختلط بها ، فهما وان كانا متلازمين الا أنهما متميزان ، فالأول تنشئه ارادة الأصيل ، والثانى تنشئه ارادة النائب . والقول باستقلال التصرفين يصح حتى فى الحالة التى يتصرف فيها النائب على أساس تعليمات صادرة له من الأصيل ، اذ حتى فى هذه الحالة يقوم النائب بنشاط ارادى خاص وهو المنشىء فى الواقع للتصرف أو العقد الثانى واتباعه فى ذلك لتعليمات الأصيل لا يجعل لارادة هذا الأخير دخلا فى التصرف الحاصل بطريق النيابة .

ذلك أن أثر تعليمات الأصيل الى نائبه ينحصر فى العلاقة بين الأصيل والنائب أى فى العلاقة الداخلية للنيابة ، ولا يتعدى هذه العلاقة الى التصرف القانونى الذى يتم بطريق النيابة فان هذا التصرف انما يقوم به النائب والارادة المنشئة له هى ارادة النائب حتى فى حالات النيابة المحددة التى يصدر فيها الأصيل لنائبه تعليمات معينة بخصوص التصرف القانونى موضوع النيابة ، فالارادة — ذلك النشاط النفسى الذى يظهر فى صورة علنية وتترتب عليه قانونا آثار معينة — هى للنائب الذى يقوم بالتصرف القانونى دون غيره فالنائب هو الذى « يريد » العقد ولا يهم مطلقا أن تتكون ارادة النائب وفقا لأوامر وتوجيهات الأصيل ، فحتى حين يتعاقد النائب فى حدود ومع مراعاة تلك الأوامر والتوجيهات تكون الارادة التعاقدية هى ارادته لا ارادة الأصيل لأنه اذ يتعاقد على ذلك الوجه يجعل من تلك الارادة ارادته هو الخاصة ويقوم حتما بذلك النشاط الارادى الذى يميزه عن الرسول ، فهو — ان صح التعبير — يريد طبقا لارادة الأصيل أى تصدر عنه ارادة خاصة به وإن تكن مطابقة لارادة الأصيل . حقا ان النائب ملزم — بحكم العلاقة الداخلية التى تربطه بالأصيل من وكالة أو غيرها — بأن يتبع تعليمات الأصيل ويقوم بالعمل موضوع النيابة وفقا لتوجيهاته ، وحقا ان انعدام التوافق بين ارادة الأصيل وارادة النائب قد يؤدى الى سقوط الانابة وبالتالى التصرف القانونى الذى أجراه النائب ، ولكن ارادة الأصيل مع ذلك لا تتغلغل ولو عن طريق غير مباشر الى تكوين التصرف القانونى الذى يجريه النائب ، ولا يمكن أن تحدد مضمون ذلك التصرف اللهم الا اذا مرت بخاطر النائب وهو يجريه ، وبعبارة أخرى الا اذا انصرفت ارادة النائب اليها فصدرت عنه ارادة خاصة به مطابقة لارادة الأصيل — على ما تقدم — وبقدر ذلك فقط .

ومما يؤيد القول بأن ارادة الأصيل لا تتغلغل الى التصرف الذى يبرمه النائب حتى فى الحالات التى يتصرف فيها النائب وفقا لتعليمات محددة ما جرى عليه القضاء بشأن تعليمات الأصيل التى يوجه بها النائب وجهة معينة

من حيث بعض عناصر التصرف المناب فيه أو من حيث الغرض من الانابة فقد قضى مثلا بأن « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير »[1] ، وكذلك قضى بأنه « متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه فى حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل »[2] . واذن فالقضاء لا يرتب فى أمثال هذه الصور أى أثر على التعليمات التى يصدرها الأصيل لنائبه ، ويعتبر تصرف النائب صحيحا ونافذا فى حق الأصيل طالما كان داخلا فى حدود الانابة بصرف النظر عن مخالفته لتعليمات الأصيل[3] . ولما كانت حالة صدور تعليمات من الأصيل الى نائبه بشأن التصرف موضوع النيابة هى الحالة المثلى لنظرية اشتراك الارادتين ، فان الأحكام القضائية التى أهدرت تلك التعليمات تضيف الى حجج خصوم نظرية اشتراك الارادتين حجة جديدة ، اذ لو صح أن التصرف موضوع النيابة ينعقد باشتراك ارادة الأصيل مع ارادة النائب لوجب حتما الاعتداد بكل تعليمات الأصيل وتوجيهاته لنائبه ولترتب على ذلك القول بأن مثل ذلك التصرف لا ينعقد لعدم توافق الايجاب والقبول ، بينما أن الحاصل أن القضاء يعتبر التصرف منعقدا ونافذا فى حق الأصيل ولا يمكن اسناد ذلك التصرف فى مثل تلك الصور الا الى ارادة النائب وحده (بتلاقيها مع ارادة الغير المتعاقد معه) دون ارادة الأصيل ويمتنع بذلك القول باشتراك الارادتين .

---

(١) استئناف مختلط ١٩٣٩/٤/١٨ — المحاماة ٢٠ — ٥٧٣ — ١٢٦٥

(٢) محكمة اسكندرية الابتدائية ١٩٥٧/٤/٢١ — المحاماة ٣٨—٥١٤—١١٢٥ وانظر تعليقنا على هذا الحكم فى هذه المجلة — السنة السابعة — العدد الثالث والرابع — ص ٢٠٦ وبعدها

(٣) أنظر فى هذا المعنى كذلك حكم النقض الفرنسى فى ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ المشار اليه فيما يلى ص ٤٤ حاشية (١)

وإذن فاذا كان الأصيل فى توجيه النائب وجهة معينة بخصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد محل النيابة قد وقع فى عيب من عيوب الارادة فان ذلك العيب يخص فقط التصرف الأول المتضمن انابة الأصيل لنائبه ولا يتعداه الى التصرف الثانى الذى يجريه النائب بمقتضى الانابة . واذن فسحب أثر هذا العيب الى التصرف الثانى وترتيب بطلان هذا التصرف على ذلك العيب الواقع فى التصرف الأول أمر لا يستقيم فى الفهم ، وبذلك يتضح خطأ هذا الرأى وعدم سلامة أساسه من الوجهة النظرية .

١٢– على أن هذا لا ينفى أن العدالة قد تقتضى تمكين الأصيل فى الأحوال المتقدمة من التخلص من العقد الذى يجريه النائب بناء على توجيه من الأصيل صادر عن ارادة معيبة ، الا أن ذلك لا يكون عن طريق ابطال ذلك العقد للغلط أو التدليس أو الاكراه الذى وقع فيه الأصيل لما فى ذلك من خلط بين تصرفين متميزين على ما تقدم لنا بيانه ، وانما يكون ذلك من طريق النتيجة الطبيعية التى تترتب على مثل هذا العيب فى الارادة ألا وهى ابطال التصرف القانونى القائم على هذه الارادة المعيبة ، وهو هنا التصرف الأول المتضمن للانابة ومتى أبطل هذا التصرف ترتب على ذلك البطلان سقوط التصرف الثانى الذى أجراه النائب صحيحا وذلك نتيجة لبطلان الانابة نفسها فلا يكون التصرف الذى أجراه النائب نافذاً فى حق الأصيل ، وبذلك نصل الى النتيجة العملية نفسها ولكن على أساس نظرى صحيح لا نخرج به على ما تقتضيه طبيعة النيابة وذلك بأن نعتد فى الحالات التى نحن بصددها بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يدفع بالأصيل الى انابة النائب ، وليس بالغلط أو التدليس أو الاكراه الذى يقع فيه الأصيل بخصوص عنصر من عناصر العقد محل النيابة (١) .

---

(١) وقد يثور فى هذه الأحوال البحث فى مدى الحماية الواجبة للغير حسن النية الذى يتعاقد مع النائب جاهلا لسبب بطلان التصرف المتضمن للانابة والى أى حد يتأثر بهذا البطلان أو يتحمل نتائجه ، ولا شك أنه قد تعرض حالات تقتضى فيها حماية حسن النية ألا يحتج بهذا البطلان على الغير المتعاقد مع النائب . ويرى الأستاذ باكيونى أن الغير حسن النية لا ينبغى أن يضار بآثار =

فاذا ما أضفنا الى هذه الاعتبارات كلها وجوه النقد الهامة التى تتعرض لها نظرية اشتراك الارادتين ، والتى أسلفنا الاشارة اليها انتهينا الى أنه كان يستحسن ألا ياخذ المشروع الموحد بتلك النظرية على ذلك الاطلاق الذى ينم عنه نص المادة ١٢ والذى يبدو أنه يجاوز القصد الذى يسفر عنه التقرير التفسيرى خاصة وأن نظرية اشتراك الارادتين لا تتفق وأحكام قوانين معظم الدول التى يراد لها أن تتبنى هذا المشروع بل يكاد القانون الايطالى أن ينفرد باعتماد تلك النظرية ، ولعل لوجود غالبية من الفقهاء الايطاليين بين أعضاء اللجنة التى وضعت المشروع دخلا فى هذا الاتجاه الذى يتجلى فى المادة ١٢ منه .

(٢)

نشأة النيابة

١٣– لم يتناول المشروع الموحد الا النيابة الاتفاقية أى التى مصدرها الارادة دون النيابة القانونية التى مصدرها نص القانون ، وفى نشأة النيابة تقول المادة ٣ من المشروع :

« الانابة تعبير صريح عن ارادة الأصيل – مكتوبا أو شفويا – وقد تستخلص الانابة أيضا من الظروف » .

ولهذا النص فى صيغته الفرنسية فضل استعمال لفظ **habilitation** للدلالة على الانابة بدلا من اللفظ الفرنسى المعتاد استعماله فى هذا المعنى

=بطلان التصرف المتضمن للانابة واذن فهو يذهب الى عدم الاحتجاج عليه بهذا البطلان . أنظر باكيونى ج ٢ ص ٣١٤

وغنى عن القول أن مشكلة حماية الغير حسن النية تثور كذلك فى ظل نظرية اشتراك الارادتين لان ما يكون من نصيب ارادة الأصيل من عناصر التصرف وشروطه – طبقا لتلك النظرية – قد يكون خافيا على الغير الذى ينفرد النائب بالتعامل معه فى غيبة الأصيل ، واذن فتعيب ارادة الأصيل فى خصوص عنصر أو أكثر من عناصر العقد أمر لا يتسنى للغير أن يلم به . ومن ثم فان مسألة حماية هذا الغير متى كان حسن النية تعرض لنا فى ظل نظرية اشتراك الارادة بقدر ما تعرض لنا فى ظل نظرية ارادة النائب .

وهو procuration ، فهذا اللفظ الأخير متعدد الدلالات فقد يعنى الانابة فى ذاتها ، وقد يعنى الوكالة (وهذا هو استعماله الأصلى) ، وقد يعنى الورقة المثبتة للوكالة أو ما يسمى بالتوكيل . وهكذا فان استعمال ذلك اللفظ فى الفرنسية مدعاة للخلط ؛ أما اللفظ الذى اختاره واضعو المشروع فهو أدق فى تأدية المعنى لاختصاصه بالانابة على الوجه الذى تعرفه نظرية النيابة الحديثة .

وقد حدد النص طبيعة الانابة بوصفها تعبيرا عن ارادة الأصيل أى تصرفا قانونيا بارادة منفردة صادرة عن الأصيل ورامية الى اسباغ صفة النيابة على النائب أى الى تمكينه من ابرام تصرفات قانونية تلحق آثارها الأصيل مباشرة ، وبذلك التحديد تجنب المشروع الخلط الذى وقع فيه القانون المدنى الفرنسى فى المادة ١٩٨٤ منه والقانون المدنى المصرى القديم فى المادة ٥١٢ منه ، اذ أن التعريف الوارد فى هاتين المادتين لا يميز بين الانابة وبين عقد الوكالة .

فالواقع أن الوكالة بطبيعتها عقد تبادلى يستلزم توافق ارادتى الموكل والوكيل ومؤداه التزام الوكيل بالقيام بعمل قانونى لحساب الموكل ، والانابة عمل من ارادة منفردة هى ارادة الأصيل يسبغ بمقتضاها على النائب صفة النيابة فيمكنه من القيام بتصرف قانونى تعود آثاره على الأصيل دون النائب .

ويحدث فى العمل أن تجتمع الوكالة والانابة وذلك حين تكون للوكيل سلطة اجراء التصرف بحيث تعود آثاره مباشرة على الموكل ، ولكن يحدث أيضا أن تكون الوكالة غير مرتبطة أصلا بانابة وذلك حين يكلف الوكيل باجراء عمل قانونى لحساب الموكل دون أن تنصرف آثار ذلك العمل مباشرة الى الموكل ، بل تنصرف أولا الى الوكيل الذى ينقلها بعد ذلك الى موكله بتصرف جديد تنفيذا لعقد الوكالة .

ولعل كثرة اجتماع الوكالة والانابة فى العمل هى السبب فى الخلط بينهما أول الأمر وفى اعتبار الانابة عنصرا من عناصر عقد الوكالة ، الا أن الفقه

الحديث قد عمل على إحكام التميز بين الوكالة والانابة ، وقد اتبعت هذا الهدى القوانين الحديثة كالقانون المدنى الألمانى وقانون الالتزامات السويسرى ، كما أن القانون المدنى المصرى الحالى اذ عرف الوكالة فى المادة ٦٩٩ منه بأنها « عقد بمقتضاه يلتزم الوكيل بأن يقوم بعمل قانونى لحساب الموكل » قد وضعها فى موضعها الصحيح باعتبارها عقدا بين الطرفين تنشأ عنه التزامات متبادلة أخصها التزام الوكيل بالقيام بالعمل لحساب الموكل ، ولم يشر فى تعريفها الى اسباغ صفة النيابة على الوكيل بخلاف نص المادة المقابلة من القانون القديم التى كانت تنص (م ٥١٢) على أن « التوكيل عقد به يؤذن الوكيل بعمل شىء باسم الموكل وعلى ذمته » ، وهو تعريف يتمشى الى حد كبير مع تعريف القانون المدنى الفرنسى .

١٤ — والتفرقة بين الوكالة وبين الانابة ترجع الى كون الوكالة عقدا يلتزم بمقتضاه الوكيل بالقيام بتصرف قانونى لحساب الموكل ، ولكن الوسيلة الفنية التى يتم بها ذلك التصرف ليست من جوهر عقد الوكالة ولا من عناصره فالوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بتصرف معين لحساب موكله عن طريق التعاقد مع الغير باسمه خاصة ثم نقل حقوق العقد والتزاماته الى موكله بتصرف جديد ، كما أن الوكيل قد ينفذ التزامه بالقيام بالتصرف القانونى بطريق النيابة بأن يتعاقد باسم الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة فى ذمة هذا الأخير وذلك فى الحالات التى يكون للوكيل فيها تلك المكنة ، مكنة اجراء تصرف تقع آثاره مباشرة فى ذمة موكله وتلك المكنة هى التى نسميها بالانابة .

واذن فليس هناك ارتباط حتمى بين الوكالة وبين النيابة فخصيصة الوكالة هى التزام الوكيل باجراء تصرف قانونى لحساب الموكل ، أما طريقة اجراء الوكيل لذلك التصرف فليست من عناصر الوكالة ، والوكالة بوصفها عقدا بين الموكل والوكيل تقوم مستوفية الأركان والعناصر فى كل حالة يبرم فيها الوكيل تصرفا قانونيا لحساب موكله ولو كان ذلك باسم الوكيل خاصة . وفى هذه الحالة لا تكون لدينا نيابة ، كما أن الوكيل قد يبرم التصرف باسم

الموكل فتقع آثار تصرفه مباشرة فى ذمة هذا الأخير وذلك متى اقترنت الوكالة بانابة صادرة من الموكل للوكيل ، وهذه الحالة وحدها تدخل ضمن نطاق النيابة ، ولعلها فى العمل أكثر حالات الوكالة ذيوعا ، غير أن ذلك الاقتران بين الوكالة والانابة ليس معناه الخلط بينهما فان حصول التصرف بطريق النيابة أو عدم حصوله بطريقها ليس متوقفا على وجود عقد وكالة أو عدم وجوده ، وانما هو يتوقف على وجود الانابة أو انتفائها ، والانابة مكنة لا ترتبط بعقد الوكالة بوجه حتمى وان اقترنت به فى أغلب الأحوال .

١٥ — والانابة كما قد تكون صريحة قد تكون ضمنية ، وهذا ما يعنيه النص بقوله : ان الانابة قد تستخلص أيضا من الظروف ، وليست الانابة الضمنية فى الحقيقة الا تطبيقا لعموم القاعدة فى التعبير عن الارادة التى تتسع للتعبير الضمنى اذا لم ينص القانون أو يتفق الطرفان على خلاف ذلك (المادة ٢/٩٠ من القانون المدنى المصرى) .

والانابة الضمنية ليست قليلة الوقوع فى العمل ، ومن صورها الذائعة التى تستحق الوقوف عندها نيابة الزوجة عن زوجها فى التصرفات المتصلة بحاجيات منزل الزوجية .

فالمشاهد فى الحياة العملية أن الزوجة هى التى تقوم بكافة التصرفات ذات الصلة بالمنزل وخاصة شراء جميع ما يلزم للمنزل وللعائلة من مأكل وملبس وما الى ذلك ، غير أن الزوج بوصفه رب العائلة هو المكلف بالانفاق ولحسابه هو فى الواقع تجرى الزوجة جميع ما تجريه من التصرفات .

لهذا فقد جرى القضاء من زمن بعيد فى فرنسا — وفى مصر — على اعتبار الزوجة فى اجرائها ما يتصل بمنزل الزوجية من تصرفات (وخاصة شراء حاجيات المنزل) نائبة عن زوجها نيابة ضمنية ، وبذلك يكون للغير المتعامل مع الزوجة أن يرجع على الزوج — بوصفه الأصيل فى التصرف — ويلزمه بتنفيذ ما ينتج عن تصرف الزوجة من آثار وخاصة دفع ثمن المشتريات[1] .

---

(١) نقض فرنسى (مدنى) أول يونيه سنة ١٩٢٩ دالوز الأسبوعى ١٩٢٩–٣٩٧ — ونقض فرنسى (مدنى) ٢٩ يناير ١٩٣٠ دالوز الأسبوعى ١٩٣٠–١٦١ — واستئناف مختلط ٢ مايو ١٩٣٥ — البلتان ٤٧–٢٩٣

والأساس القانونى الذى يرسى عليه القضاء الزام الزوج بتصرفات الزوجة فى هذه الصور هو الانابة الضمنية الصادرة منه اليها ، اذ نجد الأحكام القضائية تشير الى أن للزوجة دائما صفة النيابة عن الزوج بناء على وكالة ضمنية [1] ، والى أنه يفترض فى الزوج أنه أعطى زوجته وكالة ضمنية فى كل ما يلزم المنزل[2] ، وهكذا فان النيابة تقوم فى نظر القضاء على انابة ضمنية صادرة من الزوج الى زوجته .

على أن مدى تلك الانابة يتحدد دائما بضرورات المنزل ولوازم العائلة فاذا تصرفت الزوجة تصرفا خارج هذا النطاق كأن وقعت عن زوجها كمبيالة أو قامت بعمليات فى البورصة [3] فلا يكون تصرفها ملزما للزوج لخروجه عن حدود الانابة الضمنية .

هذا وان القواعد التى قعدها القضاء الفرنسى بشأن نيابة الزوجة الضمنية قد تكرست فى فرنسا بالقانون الصادر فى ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ خاصا بتعديل القانون المدنى فى مواد آثار الزواج ، اذ تنص المادة ٢٢٠ من القانون المدنى (معدلة بالقانون المذكور) على أن « للزوجة فى جميع نظم الزواج صفة النيابة عن زوجها فيما يختص بحاجيات المنزل ولها أن تستعمل لهذا الغرض الأموال التى يضعها الزوج فى يديها » .

وهكذا أصبح لنيابة الزوجة عن زوجها فى فرنسا منذ صدور قانون سنة ١٩٤٢ أساس تشريعى اذ أصبحت نيابة قانونية لا حاجة معها الى تلمس الانابة الضمنية الصادرة من الزوج . على أن نص المادة ٢٢٠ المعدلة بالقانون المذكور يعطى الزوج مكنة انهاء هذه النيابة عن طريق اخطار الغير برغبته هذه وهو عين ما كانت المحاكم الفرنسية تسير عليه فى ظل فكرة الانابة

(١) نقض فرنسى (مدنى) ١٩٢٩/٦/١
(٢) استئناف مختلط ١٩٣٥/٥/٢
(٣) نقض فرنسى (عرائض) ٣٠ مايو سنة ١٩٣٢ — سيرية ١٩٣٣-١-٢١٧

الضمنية . ولا جدال فى أن اعطاء الزوج مكنة انهاء نيابة الزوجة لا ينسجم تماما مع اعتبار تلك النيابة صادرة عن القانون ، اذ أن تلك المكنة هى بفكرة الانابة الضمنية أشبه .

على أن قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ لم يعدم فى الفقه الفرنسى انتقادا مبناه تصريح ذلك القانون باتخاذ النيابة أساسا لالتزام الزوج آثار تصرف الزوجة فيما يتصل باحتياجات المنزل ، اذ يرى صاحب هذا الانتقاد أن المشرع ينبغى له ألا يدخل وضعا قانونيا لايزال فى دور التطور ضمن اطار فنى جامد هو فى هذه الخصوصية اطار النيابة . ذلك أن صنعة نظام النيابة تستتبع حتما نتائج معينة قد لا يكون من المصلحة ايقاعها ، ومن تلك النتائج الحتمية الزام الزوج وحده – بوصفه الأصيل – بآثار التصرف دون الزوجة التى تعتبر – بوصفها نائبة – بمنجاة عن تلك الآثار . ويشير المؤلف الى أن الأحكام القضائية الصادرة قبل قانون سنة ١٩٤٢ كان بعضها يلزم الزوجة والزوج معا بآثار التصرف وذلك حياطة لمصلحة الغير فى بعض الأحوال كأن تكون الزوجة موسرة والزوج معسرا ، كما أن البعض الآخر من أحكام القضاء كان يلزم الزوج وحده دون الزوجة بآثار التصرف ، وبذلك كانت المحاكم تتصرف فى واقعات الدعاوى بحرية تجعل قضاءها مرنا ومتمشيا مع مقتضيات الأحوال .

أما وقد صرح المشرع فى قانون ٢٢ سبتمبر سنة ١٩٤٢ باتخاذ النيابة أداة فنية لتحميل الزوج آثار تصرفات الزوجة فقد امتنعت على المحاكم تلك الحرية التى كان من شأنها عدم الزام المحاكم بترتيب نتائج حتمية معينة على تصرفات الزوجة ، ذلك أن قانون سنة ١٩٤٢ وقد حدد الأساس الفنى لالزام الزوج نتائج تصرف زوجته بأنه النيابة ، يستتبع بالضرورة ايقاع نتائج حتمية لا تنفك عن تلك الاداة الفنية التى اصطنعها المشرع ألا وهى النيابة [1] .

---

(١) روجيه بيرو « تأثير الصنعة فى النظم القانونية على الغاية منها » باريس ١٩٥٣ – =

١٦ — واذا كان هذا هو شأن نيابة الزوجة الضمنية عن زوجها فيما يتصل بحاجيات المنزل فان للمحاكم المصرية تطبيقات عديدة لنيابة الزوج الضمنية عن زوجته فى ادارة أملاكها وتصريف شئونها (١) ، والمحاكم المصرية متأثرة فى هذا ولا شك بما جرت به العادة فى مصر من تسليم الزوجة دفة أمورها الى الزوج الذى يدير ثروة زوجته بالنيابة عنها . هذا وقد صدر عن محكمة النقض حكم فى ٦ مارس سنة ١٩٥٢ (٢) قرر أن مجرد قيام علاقة الزوجية لا ينهض دليلا على انابة الزوجة الضمنية لزوجها ما لم يقم من وقائع الدعوى ما يسوغ القول بوجود تلك الانابة .

ويمثل هذا الحكم الحديث لمحكمة النقض اتجاها الى عدم الاكتفاء بمجرد قيام علاقة الزوجية للقول بوجود انابة ضمنية من الزوجة الى زوجها والى اشتراط قيام أدلة أخرى على وجود تلك الانابة تستخلص من وقائع الدعوى بالاضافة الى رابطة الزوجية . ولعل فى هذا الحكم تصويرا لتطور الحالة الاجتماعية فى مصر تطورا أدى الى تمتع المرأة بنصيب أكبر من الحرية فى ادارة أموالها ورعاية شئونها بعد أن كانت كل أمورها الى عهد قريب بين يدى الزوج يتصرف فيها بما يراه كما كانت تقرر الأحكام القديمة التى سلفت الاشارة اليها وهو ما كان يتفق والواقع الاجتماعى فى ذلك الحين .

وقيام نيابة الزوج الضمنية عن زوجته على أساس من العرف والعادة — كما تقدم — وتغير الحكم فيها بتغير العرف فى الزمان والمكان هو أمر مقرر كذلك فى الشريعة الغراء ، وفى ذلك يقول التسولى فى شرح العاصمية :

= بند ٢٤ ص ٣٩—٤٢ ويشير المؤلف فى حاشية ص ٣٩ و ٤٠ الى أحكام قضائية تحاشت استعمال تعبير « الوكالة الضمنية » بقصد عدم ترتيب النتائج التى تحتمها فكرة النيابة .

Perrot, Roger : De l' Influence de la Technique sur le But des Institutions Juridique, Paris 1953, n 24 pp. 39-42.

(١) استئناف مصر ٢٣ مارس سنة ١٩٣٢ ، المحاماة ١٣—٧٧—١٨٠ — واستئناف اسكندرية ٣١ ديسمبر ١٩٤٩ مجلة التشريع والقضاء ٢—٣٤—٦٧

(٢) نقض ٦ مارس سنة ١٩٥٢ فى الطعن رقم ٤٢ سنة ٢٠ ق المنشور فى مجموعة أحكام النقض المدنية — السنة الثالثة — العدد الثانى رقم ١٠٣ ص ٦٠١ وما بعدها .

« والزوج كالوكيل عن زوجته فيما يليه من قبض ثمن ما باعته فيقضى له بقبضه ممن هو عليه وان لم توكله عليه .. لأنه وكيل عنها بالعادة ولا مفهوم للقبض بل سائر التصرفات من البيع والشراء وغيرهما كذلك حيث كانت عادة البلد تصرف الأزواج لأزواجهم بذلك . ابن رشد : يحكم للزوج بحكم الوكيل فيما باع واشترى لامرأته وان لم تثبت وكالته للعرف الجارى من تصرف الأزواج لأزواجهم فى أموزهن اه. فان لم يكن عرفهم ذلك أو لا عرف أصلا كما عندنا اليوم .. أو كان بين الزوجين مشاررة .. فلها رد ذلك وتضمينه ان تلف المقبوض وهو الجارى على ما فى نوازل الصلح والرهن من المعيار فيمن رهن أو باع مال زوجته فأنكرت الاذن له أنها تحلف وترد ذلك »(١) .

هذا وان استنتاج وجود النيابة الضمنية هو — كما قررت محكمة النقض (٢) — مسألة موضوعية مرجعها الى كل حالة بظروفها وملابساتها المتروك تقديرها لقاضى الموضوع بغير معقب طالما كان استدلاله على هذه النيابة الضمنية « استدلالا معقولا ومستخلصا من المستندات المقدمة فى الدعوى وكذلك من ظروف الدعوى وكان هذا الاستدلال لا غبار عليه ».

١٧ — والانابة قد تصدر عن الأصيل موجهة الى النائب أو موجهة الى الغير ، ففى الفرض الأول يكتفى الأصيل باعطاء النائب صفة النيابة عنه بارادة موجهة اليه ذاته تتمثل غالبا فى سند مكتوب يسلم الى النائب وهو ما يطلق عليه فى الاصطلاح الدارج لفظ « التوكيل » ، وفى الفرض الثانى يقوم الأصيل بابلاغ تلك الارادة المسبغة على النائب صفته الى الغير ، وهذا الفرض الثانى يحتمل صورتين — الأولى أن يقوم الأصيل بابلاغ الانابة

---

(١) ج ١ ص ٢٠٥ — وجدير بالملاحظة أن الشارح مراكشى من رجال القرن الثالث عشر أما ابن عاصم ناظم الأرجوزة التى شرحها التسولى — ووردت فيها قاعدة وكالة الزوج الضمنية مطلقة — فهو أندلسى من رجال القرن الثامن .

(٢) نقض ٢٩ يناير سنة ١٩٤٢ — المجموعة الرسمية ٤٣—٥٨—٩٦

الى الغير الذى سيتعاقد معه النائب بالذات ، والثانية أن يقوم الأصيل بابلاغ الانابة الى الغير كافة بوسيلة من وسائل النشر ، وقد أصطلح على تسمية الانابة الموجهة الى النائب نفسه بالانابة الداخلية procuration interne وتسمية الانابة الموجهة الى الغير بالانابة الخارجية procuration externe .

ولم يتناول المشروع الذى بين أيدينا كيفية صدور الانابة من حيث توجيهها الى النائب أو الى الغير ، وكذلك فعل القانون المصرى الذى لم يتكلم عن الانابة أصلا وان كان المشروع التمهيدى لتنقيح القانون المدنى قد أورد نصا يفيد صدورها عن الأصيل بغير تفصيل بالنسبة لتوجيهها الى النائب أو الى الغير ، وذلك النص هو نص المادة ١٥٦ فقرة ٢ من المشروع التى حذفت فى المراحل التالية ولم يتضمنها التقنين بالصورة التى صدر بها ، على أن هذا السكوت من جانب المشرع لا ينم الا عن الرغبة فى الايجاز ، ولذا فان الانابة فى القانون المصرى يصح أن توجه الى النائب كما يصح أن توجه الى الغير اذ ليس فى هذا ولا ذاك خروج على مقتضى القواعد العامة.

وعلى خلاف القانون المصرى نجد بعض التقنينات الأجنبية قد عنيت بالنص على توجيه الانابة الى النائب أو الى الغير وذلك كالقانون المدنى الألمانى فى المادة ١٦٧ منه حيث نص على أن الانابة تسبغ بتعبير عن الارادة موجه اما الى الشخص الذى سيكون نائبا واما الى الغير الذى سيتعامل معه وكقانون الالتزامات السويسرى فى المادة ٣٣ منه التى تفترض فقرتها الثالثة حصول الانابة بتعبير عن ارادة الأصيل موجه الى الغير .

١٨– أما عن شكل الانابة فان المادة ٣ من المشروع تقرر فى فقرتها الثانية ما يلى :

« ومع ذلك فاذا كان محددا للانابة شكل معين طبقا لقانون البلد الذى سيبرم فيه النائب التصرف المناسب فيه فان الانابة لا تقع صحيحة الا اذا تمت فى الشكل المذكور » .

والأصل فى الانابة بوصفها تعبيرا عن ارادة الأصيل وبمقتضى قاعدة الرضائية ألا تخضع لأى شكل كان – اللهم الا من حيث الاثبات –

وعلى ذلك فيصح أن تكون الانابة شفوية ، بل قد يصح أن تكون ضمنية كما أنها قد تكون كتابية أو رسمية دون وجوب فى هذا أو ذاك .

على أنه يحدث أن يكون موضوع الانابة تخويل النائب مكنة ابرام تصرف يشترط فيه القانون شكلا معينا .. فما هو الحكم فى هذه الحالة بالنسبة لشكل الانابة وهل تبقى مطلقة من الأشكال ، أم ينبغى افراغها فى الشكل الواجب للتصرف الذى سيقوم به النائب ؟

والاجابة على هذا التساؤل تثير بحثا هاما تدخل فيه اعتبارات نظرية وعملية نوجز الكلام عنها فيما يلى :

نظرية النيابة فى القانون الحديث تقوم على اعتبار ارادة النائب وحدها فى التصرف الذى يجريه باسم الأصيل ولحسابه بمعنى أن ذلك التصرف انما ينعقد بارادة النائب — اما منفردة اذا كان التصرف مما ينعقد بارادة منفردة ، واما بتلاقيها مع ارادة الغير فى العقود — ومتى كانت ارادة النائب هى التى يقوم عليها التصرف ، فان شروط هذا التصرف الشكلية تتوافر متى اتخذت تلك الارادة (ارادة النائب) الشكل الذى يتطلبه القانون للتصرف وذلك بلا نظر الى ارادة الأصيل .

واذن فمقتضى الاستقلال التام بين العلاقة الداخلية التى تربط النائب بالأصيل وبين التصرف الذى يبرمه النائب (ذلك الاستقلال الذى تقوم عليه نظرية النيابة الحديثة) — مقتضى ذلك عدم تبعية أحد التصرفين للآخر من حيث الشكل . وبعبارة أخرى مقتضاه اطلاق الانابة من الشكل المشروط فى القانون للتصرف الذى سيجريه النائب تبعا لكون ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة غير ذات شأن فى التصرف المخول للنائب فى اجرائه .

وقدساير القانون المدنى الألمانى هذا النظر ، فجاءت المادة ١٦٧ منه فى فقرتها الأخيرة تقرر أن الانابة التى موضوعها القيام بتصرف يخضع لشكل معين ليست خاضعة للشكل المشروط لذلك التصرف .

واذن فللنائب فى القانون الألمانى أن يقوم باسم الأصيل بتصرف يشترط فيه القانون الشكل الرسمى كهبة أو كرهن رسمى وذلك من غير أن تكون الانابة التى تصرف بمقتضاها صادرة فى الشكل الرسمى .

وكذلك الأمر فى القانون السويسرى حيث استقر قضاء المحكمة الفدرالية على اطلاق الانابة من الأشكال ولو كان التصرف المناب فيه مما يلزمه الشكل الرسمى .

كما أن جانبا هاما من الفقه الايطالى يأخذ بهذه القاعدة تمشيا مع منطق النظرية الحديثة فى النيابة على ما قدمناه . على أن القانون المدنى الايطالى الصادر فى سنة ١٩٤٢ لم يساير هؤلاء الفقهاء ، اذ جاءت المادة ١٣٩٢ منه تقرر أن « الانابة لا أثر لها ما لم تصدر فى الشكل المقرر للعقد الذى يجب أن يبرمه النائب » .

وقد نحا القانون المصري الحالى هذا المنحى فنص فى باب الوكالة (المادة ٧٠٠) على أنه « يجب أن يتوافر فى الوكالة الشكل الواجب توافره فى العمل القانونى الذى يكون محل الوكالة ما لم يوجد نص يقضى بغير ذلك ».

كما أن مشروع الالتزامات الفرنسى — الايطالى يحوى نفس الحكم فى المادة ٣٣ منه وكذلك القانون المدنى الفرنسى فى مواد متفرقة خاصة بالتوكيل فى حالات معينة ، وقضاء محكمة النقض الفرنسية مستقر على مبدأ تبعية شكل الانابة لشكل التصرف الذى سيجريه النائب فيجب أن تكون رسمية ان وجب أن يكون ذلك التصرف رسميا .

وهذه القاعدة موجودة كذلك فى القانون الانجليزى حيث يجب أن يكون النائب فى إبرام عقد رسمى حاملا لانابة مفرغة هى الاخرى فى الشكل الرسمى[١].

١٩— والواقع أن حكم القانون الألمانى وان اتفق مع المنطق النظرى للنيابة فى القانون الحديث فان التشريعات اللاتينية وما نحا نحوها قد تكون

---

(١) بوستيد ص ٤٠ ، وبولوك : " فى العقود " طبعة سنة ١٩٤٦ ص ٧٩

مدفوعة فيما قررته بضرورات عملية مردها الى حكمة اشتراط الرسمية فى بعض التصرفات .

ذلك أن المشرع يرمى – أكثر ما يرمى – من اشتراط الرسمية فى التصرفات الى حماية المتصرف عن طريق تنبيهه الى خطورة التصرف الذى هو مقدم عليه حتى لا يقوم به الا بعد تدبر وروية ، فان جاز أن تكون الانابة فى مثل هذا التصرف غير رسمية انتفت تلك الحماية التى قصدها الشارع بوساطة الشكل الرسمى وعن طريق تدخل الموظف العمومى فى توثيق التصرف .

واذن فقد هدف قانوننا المدنى – مسايرا فى ذلك التشريعات اللاتينية – الى توفير هذه الحماية للمتصرف سواء كان يتصرف بنفسه أو بطريق النيابة وذلك باشتراط أن تكون الانابة مستوفية للشكل الذى يشترطه القانون للتصرف الذى يجريه النائب .

وقد ساير المشروع الموحد للنيابة أغلبية التشريعات فى قاعدة شكل النيابة ، غير أنه جعل ذلك الشكل مرتبطا لا بشكل التصرف المناب فيه مباشرة ، وانما بالشكل المفروض للانابة فى ذلك التصرف طبقا لقانون البلد الذى سيبرم فيه النائب التصرف ، بمعنى أنه اذا كان قانون ذلك البلد يشترط الشكل الرسمى للانابة فى ابرام تصرف يتطلب له القانون الشكل الرسمى وجب أن تفرغ الانابة بدورها فى ذلك الشكل . وواضح أن مؤدى هذا النص ومؤدى النصوص التى تربط بين شكل الانابة وشكل التصرف المناب فيه مباشرة واحد .

ولا يفوتنا فى هذا الصدد أن نلاحظ أن من التصرفات ما ليست لاشتراط الرسمية فيه تلك الحكمة المشار اليها ألا وهى حماية المتصرف ، وانما تشترط فيها الرسمية لغرض آخر متصل بحماية الغير أو بضمان قدر من الجدية فى التصرف أو بمصلحة عامة يرى المشرع أنها تستوجب الشكل الرسمى .

فمن ذلك ما كانت تنص عليه المادة ١٩١ من قانوننا المدنى القديم من اشتراط الرسمية لامكان نقل تأمينات الدين القديم الى الدين الجديد فى استبدال الدين ، فالرسمية هنا لا يقصد بها الا ضمان قدر من الجدية والعلانية لحماية الغير وهو ما يتضح من نص المادة على أن الاتفاق « لا ينفذ على غير المتعاقدين الا اذا كان حاصلا مع الاستبدال فى آن واحد بوثيقة رسمية » .

ومثل ذلك فى القانون الفرنسى الحلول باتفاق المدين مع المقرض فقد نصت المادة ١٢٥٠ مدنى فرنسى على اشتراط الشكل الرسمى فى مثل هذا الاتفاق وذلك حماية للدائنين وتحرزا من أن يكون القصد من مثل هذا الحلول الاضرار بمصالحهم . وعلى ذلك فالانابة فى الاقتراض مع احلال المقرض فى تأمينات الدين المراد وفاءه بمبلغ القرض — هذه الانابة لا تخضع لشكل معين رغم كون التصرف الذى سيقوم به النائب مما يشترط فيه القانون الشكل الرسمى (١) .

ومن ذلك أيضا فى القانون المصرى بيع السفن فانه لا يصح الا أن يكون بورقة رسمية (م ٣ من القانون التجارى البحرى) ، وليست حكمة اشتراط الرسمية هنا حماية المتصرف أو تنبيهه الى خطورة التصرف لأن بيع السفن ليس أخطر شأنا من بيع العقارات ، وانما حكمة اشتراط الرسمية هنا هى رعاية المصلحة العامة التى تقتضى ضبط تداول السفن التى ترفع علم البلاد وتتطلب ألا يكون انتقال ملكيتها الا على يد موظف رسمى يتولى توثيق التصرف . فالانابة فى بيع سفينة يصح اذن فى رأينا أن تكون فى غير الشكل الرسمى رغم أن عقد البيع نفسه ينبغى أن يفرغ فى ذلك الشكل . وكذلك الشأن فى الانابة فى محو قيد الرهن الرسمى ، فالمادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى تشترط أن يكون المحرر الذى يثبت فيه رضاء المرتهن بمحو القيد مفرغا فى الشكل الرسمى ، ولم يعدم هذا النص انتقادا فى الفقه مرجعه

---

(١) أنظر حكم النقض الفرنسى ٥ أغسطس سنة ١٨٩١ — دالوز ١٨٩٢—١—٢١٧ . وانظر كذلك رواست ص ١٣٣

الى أن الرسمية مشروطة فى الرهن لحماية الراهن لا المرتهن فلا محل لاشتراط الرسمية فى محو قيد الرهن برضاء الدائن المرتهن ، بينما أن التنازل عن الدين ذاته المضمون بالرهن لا تشترط فيه الرسمية وهو أخطر شأنا من مجرد محو قيد الرهن الذى يقتصر أثره على التنازل عن مرتبة الرهن (١) . ومهما يكن من أمر حكمة اشتراط الرسمية فى المادة ٤٥ من قانون الشهر العقارى لمحو القيد ، فلا جدال فى أن الرسمية هنا ليست مشروطة لحماية المتصرف ، ومن ثم يصح أن تكون الانابة التى يصدرها الدائن المرتهن الى الغير فى محو القيد غير مفرغة فى الشكل الرسمى وان كان مقتضى صراحة النص أن رضاء النائب بمحو القيد يجب أن يكون ثابتا بورقة رسمية .

وهذا الرأى يتمشى مع منطق النيابة فى القانون الحديث ولا يخرج فيما نرى عن حكمة المادة ٧٠٠ تلك الحكمة التى يصح أن تستفاد من اقتصار المذكرة الايضاحية على ضرب المثل بالرهن والهبة وهما تصرفان حكمة الرسمية فيهما حماية المتصرف (٢) .

وجملة القول فى شكل الانابة أن الأصل فيه عدم ارتباطه بشكل التصرف المطلوب قيام النائب به وذلك كنتيجة منطقية لاستقلال التصرفين طبقا لنظرية النيابة الا فى حالة واحدة هى أن يكون اشتراط الشكل الرسمى

(١) عبد الفتاح عبد الباقى – التأمينات الشخصية والعينية – الطبعة الثانية سنة ١٩٥٤ – بند ٢٦٧ ص ٣٨٥ حاشية ١

(٢) أنظر محمد كامل مرسى : شرح القانون المدنى الجديد فى العقود المسماة بند ١٦٦ ص ١٢٥ ، ومحمد على عرفه : شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والوكالة ... الخ ص ٢٨٠–٢٨١ ، حيث نجد تفرقة بين الشكل الرسمى المشروط لمصلحة المتصرف والشكل الرسمى المشروط لمصلحة الغير بحيث تكون الرسمية مطلوبة فى التوكيل بتصرف من النوع الأول فقط دون التوكيل بتصرف من النوع الثانى ، وعلى ذلك فانه « فى حالة ما اذا كانت الرسمية مشترطة لحماية الغير فان التوكيل باجراء مثل هذا التصرف يصح أن يكون بورقة عرفية أو حتى مشافهة » (عرفه : الموضع المذكور) . ويلاحظ أن التوكيل الشفوى فى مثل هذه الصورة تعترضه عقبة عملية تتعلق باثباته أمام الموثق الذى يتولى توثيق التصرف الرسمى المناب فيه .

فى التصرف الذى سيجريه النائب مقصودا به حماية المتصرف وتنبيهه الى خطورة التصرف ، فهنا ينبغى – تحقيقا لمقصد المشرع – أن تكون الانابة فى مثل هذا التصرف مفرغة هى الأخرى فى الشكل الرسمى .

٢٠– وبعد أن ينظم المشروع شكل الانابة فى الفقرة الثانية من المادة ٣ التى تتناول الانابة الصادرة عن ارادة الأصيل – صريحة أو ضمنية – ينتقل فى المادة ٤ الى بيان حكم الانابة المستندة الى وضع ظاهر – واقعى لا ارادى – وذلك اذ تقول المادة ٤ :

« تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثانى فى وضع من شأنه بمقتضى القانون أو العادات أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر » .

ويقول التقرير التفسيرى عن هذا النص « إن الانابة قد تستخلص كذلك من الظروف متى تسبب الأصيل فى وجود النائب فى وضع يستتبع أن تكون له طبقا للقانون أو للعادات الجارية مكنة التصرف باسم الأصيل » .

والمشروع يكرس بهذا النص مبدأ الانابة الظاهرة الذى استقر فى أحكام القضاء فى مختلف البلاد والذى لا يعدم كذلك بعض التطبيقات فى النصوص التشريعية .

وقوام مبدأ الانابة الظاهرة أن نطاق النيابة لا يتحدد بالنسبة للغير الذى يتعامل معه الوكيل بمجرد الألفاظ التى صيغت فيها الانابة ، بل ان للظروف التى تحيط بها وللضرورات التى تقتضيها المعاملات نصيبا فى تحديد مدى سلطات النائب وتعيين ما يدخل فى مكنته وما يخرج عنها من التصرفات .

وهذا المبدأ كما استقرت عليه الأحكام القضائية يتطلب توفر عنصرين أحدهما شخصى والآخر موضوعى :

فالعنصر الشخصى هو حسن نية الغير الذى يتعامل مع النائب أى عدم علمه بانتفاء الانابة أو بخروج التصرف عن حدود الانابة .

والعنصر الموضوعى هو وجود مظاهر خارجية من فعل الأصيل أو يمكن نسبتها اليه (١) وتكون موحية بوجود الانابة وبدخول التصرف فى حدود مكنة النائب .

فهذا المبدأ لا يحمى مجرد الثقة التى يضعها الغير اعتباطا فيمن يظهر بمظهر النائب ، وانما يحمى الثقة التى تبررها حالة ظاهرها وجود النيابة وتكون منسوبة الى الأصيل (٢) .

وتوفر هذين العنصرين يؤدى الى حماية استقرار المعاملات مع عدم المساس فى الوقت نفسه بمصالح الأصيل الجديرة بالحماية ، فالأصل أن الغير الذى يتعامل مع النائب هو الذى يتحمل تبعة انعدام مكنة النائب أو قصورها (مع تحفظ لابد منه فيما يختص بحق الغير فى الرجوع على النائب)، غير أن هذه التبعة تنتقل الى عاتق الأصيل كلما كان للغير أن يركن الى مظهر من فعل الأصيل مؤداه وجود الانابة أو شمول نطاقها للتصرف المبرم مع الغير (٣) .

---

(١) و (٢) أنظر حكم محكمة استئناف بورج ١٥ أكتوبر سنة ١٩٥٧ – دالوز الأسبوعى ١٩٥٨–١٠٣ ، وقد أبرز هذا الحكم وجوب صدور المظاهر الخارجية عن الأصيل أو امكان نسبتها اليه كنتيجه لاهماله أو تسامحه ، وذلك اذ تقرر المحكمة أنه :

« لكى تلتزم الشركة بتصرفات مديرها الخارجة عن حدود سلطته والتى قام بها لمصلحته الشخصية يجب أن تنطوى تلك التصرفات على اساءة استعمال عنوان الشركة وأن تكون معلومة للشركاء أو أن يقروها أو يتسامحوا فيها .

وبالتالى فان مدير أحد بنوك الودائع المتخذة شكل شركة توصية بسيطة اذا أصدر بتوقيعه سندات مما يسمى bons de gestion لا يلزم البنك بتلك السندات طالما أن ذلك المدير لم يستعمل اسم البنك وأن الشركاء لم يعلموا بأمرها ولم يقروها ولم يتسامحوا فيها ، فضلا عن أن تصرفات المدير هذه جاءت مخالفة لغرض الشركة وطبيعتها حيث أن اصدار مثل تلك السندات ممتنع على بنوك الودائع » .

(٣) أنظر فى الانابة الظاهرة : جمال مرسى بدر – النيابة فى التصرفات القانونية ص١٣٩– =

ويلاحظ على نص المادة ٤ من المشروع الموحد أنه أغفل الاشارة الى العنصر الشخصى لقاعدة الانابة الظاهرة ألا وهو حسن نية الغير المتعامل مع النائب وهو عنصر أساسى لابد من وجوده لتوفر النيابة الظاهرة ، اذ لا يكفى – كما قدمنا – وجود وضع ظاهرى من فعل الأصيل ، وانما ينبغى أن يتوفر بجانب ذلك حسن النية لدى الغير ، وبغير اجتماع هذين العنصرين لا ترجع الى الأصيل آثار تصرف النائب الظاهر .

٢١ – هذا ويتعين الاحتراز من الخلط بين الانابة الظاهرة وبين الانابة الضمنية التى تناولناها فيما تقدم من هذا البحث ، فالانابة الضمنية تستند الى ارادة حقيقية للأصيل شأنها شأن الانابة الصريحة وليس الأمر فيها الا أمر اختلاف صورة التعبير عن الارادة . ولذا فالمسألة التى تعرض لنا بصدد الانابة الضمنية هى مسألة تفسير ارادة الأصيل للتعرف على وجود الانابة وتعيين حدودها الحقيقية ، أما الانابة الظاهرة فلا تستند الى ارادة الأصيل بل عمادها الوضع الظاهر المنسوب الى الأصيل من جهة وحسن نية الغير من جهة أخرى فهى تستند الى فكرة حماية الغير وضمان استقرار المعاملات بلا بحث عن ارادة الأصيل ، بل على عكس تلك الارادة متى توفر مظهر الانابة وثبت حسن نية الغير .

على أنه قد لا يمتنع أن يحدث تلازم بين الفكرتين فى بعض الصور العملية أو أن تخلط بعض الأحكام القضائية بينهما فى تسبيبها لالتزام الأصيل بآثار تصرف النائب (١) .

= ١٥٣ . وحكم محكمة استئناف القاهرة فى ٨ فبراير ١٩٥٥ – مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٣٢ ص ١٠٥ مع تعليق للمؤلف . وحكم محكمة استئناف الاسكندرية الابتدائية فى ٢٦ فبراير ١٩٥٥ – مجلة التشريع والقضاء السنة السابعة رقم ٥٠ ص ١٥٥

(١) أنظر حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٢ نوفمبر ١٩٥٤ الذى قضى بأن الحدود الظاهرة لنطاق الوكالة فى التأجير تشمل مناقشة وتحديد شروط عقد الايجار وأهمها المدة ، وعلى ذلك فلا يجاب الموكل الى رغبته فى التحلل من عقد ايجار أبرمه وكيله مع مستأجر حسن النية لمدة تسع سنوات بمقولة أنه لم يرخص لوكيله قط فى التأجير لمثل تلك المدة الطويلة . والحكم منشور =

٢٢ — هذه هى أحكام الانابة فى المشروع الموحد من حيث طبيعتها وشكلها وكيفية صدورها ، أما من حيث الشخص الذى تصدر عنه الانابة فتقرر المادة ٥ :

« الشخص الذى تصدر عنه الانابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لابرام التصرف المناب فيه ، ولكن يكفى لكى ينتج التصرف أثره بين الأصيل والغير أن يكون النائب متمتعا بأهلية التميز وان لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لابرام ذلك التصرف باسمه شخصيا » .

وهذه القاعدة متفقة وما هو مقرر فى قوانين جميع البلاد بخصوص أهلية النائب .

فلقد حوى القانون المدنى الفرنسى نصا فى هذا الخصوص هو نص المادة ١٩٩٠ التى تقرر أن « النساء والقصر المأذونين يمكن اختيارهم وكلاء ، الا أن الموكل لا تسمع دعواه ضد الوكيل القاصر الا بمراعاة القواعد الخاصة بالتزامات القصر ولا ضد المرأة المتزوجة التى قبلت الوكالة بلا ترخيص من زوجها الا بمراعاة القواعد المقررة فى باب عقد الزواج وحقوق الزوجين المتقابلة » . والفقرة الأخيرة من المادة تخص العلاقة الداخلية بين الموكل والوكيل ، وانما يهمنا هنا صدر المادة الذى يقرر أن المرأة والقاصر المأذون يصح اختيارهم وكلاء ، واذن فيجوز بمقتضى هذه المادة لناقص الأهلية أن يكون نائبا اتفاقيا . ويلاحظ أن المادة وان خصت بالذكر المرأة المتزوجة والقاصر المأذون الا أن حكمها يشمل جميع ناقصى الأهلية اذ لا موجب للتمييز بين الطائفتين المذكورتين فى المادة ١٩٩٠ وبين غيرهم من ناقصى الأهلية : فحكمة النص كما تنطبق على هاتين الطائفتين من ناقصى الأهلية

=فى جازيت دى باليه ١٩٥٥-١-١١٣ ومشار اليه فى المجلة ربع السنوية ١٩٥٥ ص ٣٣٩-٣٤٠ مع تعليق بقلم جان كاربونييه انتقد فيه التجاه هذا الحكم الى مبدأ الانابة الظاهرة ، وتناول وجوب التفرقة بين مجال الانابة الظاهرة بالمعنى الدقيق وبين مجال تحديد المدى الحقيقى للانابة عن طريق تفسير ارادة الأصيل .

تنطبق أيضا على القصر وعلى المحجورين . ومن المقرر فى الفقه والقضاء الفرنسيين أن صياغة المادة ١٩٩٠ لم تكن على سبيل الحصر ولم يقصد المشرع فيها الى تعداد الأشخاص الذين يجوز أن يكونوا وكلاء وأن حكمها يشمل لذلك كل ناقصى الأهلية .

وقد جاء النص على هذه القاعدة فى صيغة عامة فى أحدث التشريعات اللاتينية وهو القانون المدنى الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ فى المادة ١٣٨٩ منه ونصها « فى حالة ما اذا كانت النيابة صادرة من صاحب الشأن يكفى لصحة العقد الذى يقوم به النائب أن يكون هذا الأخير متمتعا بأهلية القصد والارادة ، وبخصوص طبيعة ومضمون العقد المذكور تشترط فى الأصيل الأهلية القانونية » .

وقد نص القانون المدنى الألمانى على نفس القاعدة التى قررتها المادة ١٩٩٠ من القانون الفرنسى اذ نصت المادة ١٦٥ منه على أن « اعلان الارادة الصادر من النائب أو اليه لا يتأثر بكونه مقيد الأهلية فى استعمال حقوقه » . ويقول الاستاذ سالى Saleilles تعليقا على هذه المادة : « انه من المفهوم أن يريد القانون حماية القصر فيما يختص بالتصرفات القانونية التى يجرونها لحساب أنفسهم ، ولكن أى داع لأن يحمى القانون الأشخاص كاملى الأهلية الذين يرتضون أن يوكلوا شئونهم الى قصر ؟ » لا يكون ذلك الا اذا كانت ارادة ناقصى الأهلية ارادة لا يعتد بها القانون وتعتبر كأنها غير موجودة وهو خلاف الواقع ، اذ أن تقييد أهلية هؤلاء الأشخاص لا يرجع الى قصور حقيقى فى ارادتهم وانما الى رغبة القانون فى حماية مصالحهم [1] .

ويتضمن القانون السويسرى نفس القاعدة فى أهلية النائب ويعللها الفقه هناك بمثل التعليل المتقدم [2] .

---

(١) أنظر الترجمة الفرنسية الرسمية للقانون المدنى الألمانى ص ٢٠٧

(٢) فون توهر ص ٣١٤ حاشية ٢٩

وفى القانون الانجليزى (الأنجلو – أمريكى) نجد أن الحكم فى أهلية النائب هو بعينه ما تقدم ، فعندهم « لا يشترط فى النائب الأهلية التى تشترط فى الأصيل فليس من الضرورى مطلقا أن يكون النائب كامل الأهلية ، بل ان كل شخص فيما عدا المجنون وضعيف العقل والقاصر غير المميز ، يستطيع أن يكون نائبا عن الغير ولو أنه ليس أهلا للتصرف لحساب نفسه »(١).

وهذا الحكم مقرر فى مصر وان خلا من النص عليه قانوننا المدنى القديم والجديد فهو مبدأ مقرر لا يفتقر الى نص تشريعى (٢) ، كما أن هذا الحكم مأخوذ به فى الشريعة الاسلامية حيث يشترط فى الوكيل أن يكون ممن يعقل العقد ويقصده أى أن يكون من « أهل العبارة » ويكتفى بهذا فلا يشترط اذن أن يكون كامل الأهلية ؛ وعلى هذا فيجوز فى الشريعة الغراء توكيل القاصر والرقيق والمرتد وغيرهم من ناقصى الأهلية الذين لهم عبارة معتبرة شرعا (٣).

---

(١) Bowstead : A Digest of the Law of Agency, p. 8 (8th edition, London 1932)

ونفس المعنى فى Restatement of the Law of Agency as adopted and promulgated by the American Law Institute, Washington, 1933, vol, I, pp. 63-64.

وأنظر بوبسكو رامنسيانو ص ٥٥٠ والمراجع المذكورة ثمة .

(٢) أنظر استئناف مصر ٧ مايو ١٩٣٥ – المحاماة ١٦–١٢٢–٢٩٢ « انه وان كان من اللازم أن يكون الموكل راشدا الا أنه يشترط الرشد فى الوكيل اذ من له ثقة فى كفاية قاصر ماهر يمكن أن يختاره وكيلا عنه تحت مسئوليته وليس لمن يتعامل مع هذا الوكيل أن يهتم بالتحرى عما اذا كان بالغا سن الرشد أو غير بالغ لأن معاملته من الوجهة القانونية هى مع الموكل لا مع الوكيل الذى لا يخرج عن كونه لسان الموكل » . ويلاحظ ما فى هذه العبارة الأخيرة من ميل نحو النظرية التى تنسب الارادة التعاقدية الى الأصيل . نفس المبدأ استئناف مصر ٨ يونيو ١٩١٥ – المجموعة الرسمية ١٦–٩٠–١٤٨

(٣) أنظر المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ و١٥٨–١٥٩ ، وابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ ، وفتح القدير ج ٦ ص ١١٠ – وفى احد الاقوال عن الشافعى أنه يشترط فى الوكيل توفر الاهلية للعقد الموكل فيه ، أنظر نهاية المحتاج ج ٤ ص ١٤ : " وشرط الوكيل . . . . صحة مباشرته التصرف الذى وكل فيه لنفسه وإلا لم يصح توكيله اذ تصرفه لنفسه أقوى منه لغيره فاذا لم يملك الاقوى لم يملك دونه بالاولى ، لا صبى ولا مجنون ولا مغمى عليه ولا نائم ولا معتوه . . . وكذا المرأة والمحرم بضم الميم فى عقد النكاح ايجابا وقبولا لسلب عبارتهما فيه " ويعلق الرشيدى =

وغنى عن الذكر كما يفهم مما تقدم أن ناقص الأهلية الذى تجوز اقامته نائبا اتفاقيا يجب أن يكون متمتعا على الأقل بالتمييز وهو ما برره علماء الشريعة بقولهم « لأنه يقوم مقام الموكل فى العبارة وأهلية العبارة لا تكون الا بالعقل والتمييز .. حتى لو كان الوكيل صبيا لا يعقل أو مجنونا كان التوكيل باطلا اذ ليس لهما أهلية العبارة فلا يتعلق بقولهما حكم » [1] .

٢٣ — ومن استعراض أحكام مختلف الشرائع فى هذه النقطة نستطيع أن نقرر ان القاعدة التى تنتظم كافة النظم القانونية التى تعرضنا لها هى عدم اشتراط كمال الأهلية فى النائب بالنسبة للتصرف الذى يجريه بصفته تلك والاكتفاء فيه بتوفر أصل الأهلية بمعنى أن يكون النائب ذا قصد وارادة صحيحين وان انتاب أهليته نقص يخرج عن نطاقها ذلك التصرف بعينه فيما لو كان عقده لحساب النائب نفسه . وعلة هذا الحكم فى جميع تلك الشرائع ذات شقين :

(ا) ففيما يختص بعدم اشتراط كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة نجد العلة هى فى كون آثار ذلك التصرف راجعة بحكم النيابة الى الأصيل دون النائب وواقعة فى ذمة الأول دون الثانى .

(ب) وفيما يختص باشتراط توفر أصل الأهلية فى النائب نجد أن العلة هى أن النائب اذ يتولى ابرام التصرف عن الأصيل انما يبذل نشاطا اراديا خاصا يقوم عليه كيان التصرف القانونى ، واذن فلا معدى عن توفر أهلية القصد والارادة لديه وان يكن استعماله لتلك الأهلية فى شئون نفسه مقيدا بوجه من وجوه التقييد .

= على هذا القول فى حاشيته على النهاية (ص ١٩ من المرجع المذكور) بقوله: "قوله فاذا لم يملك الاقوى لم يملك دونه الخ . فى هذا التعليل نظر لا يخفى وعبارة غيره : لأنه اذا لم يقدر على التصرف لنفسه فلغيره أولى " . ويقول الشبراملسى فى حاشيته : " لكن الصحيح اعتماد قول الصبى " .

[1] تكملة فتح القدير لقاضى زادة ج ٦ (من الفتح) ص ١٤

واذن فالحكم فى النائب أن يكتفى فيه بأهلية التميز ولا يشترط فيه كمال الأهلية للقيام بالتصرف محل النيابة ، وحكمة ذلك أنه لا يتصرف لنفسه ولا تترتب له أو عليه حقوق ولا التزامات نتيجة للعقد الذى يبرمه نائبا عن موكله .

أما عن الأصيل فانه لما كان صاحب الشأن فى العقد الذى يقوم به وكيله وكانت ذمته هى التى تتحمل بالالتزامات وفيها تقع الحقوق الناشئة عن ذلك العقد ، كان من الطبيعى أن يشترط فيه كمال الأهلية للتصرف موضوع النيابة ، ومن هنا جاءت القاعدة المقررة فى جميع القوانين والتى مقتضاها أنه لا يجوز للشخص أن يوكل غيره فى تصرف لا يملكه بنفسه .

هذا والوقت الذى ينظر فيه الى توافر شروط الأهلية المتقدمة سواء عند النائب أو عند الأصيل ، هو وقت اجراء العقد محل النيابة [1] . فالوكيل يجب أن يظل محتفظا بالتميز لحين مباشرة العقد الذى وكل فيه ، أما اذا فرضنا أن طرأ عليه بين صدور التوكيل من الأصيل وبين اجراء العقد محل الوكالة ما أفقده أهلية التميز فلا تعود له صفة فى النيابة عن موكله ولا يكون العقد الذى يعقده ملزما للأصيل ، بل لا يكون قائما أصلا لانعدام أهليته بتاتا أى لأنه لم يعد بتعبير الشرعيين « من أهل العبارة » ، وكذلك الأصيل يجب أن تتوفر فيه الأهلية الكاملة للتصرف محل النيابة لا وقت اعطاء التوكيل ولكن وقت اجراء الوكيل للعقد الذى وكله فيه حتى لو كان الأصيل وقت التوكيل غير أهل للتصرف محل الوكالة ثم أصبح أهلا له وقت اجراء الوكيل لذلك التصرف كانت الانابة صحيحة ووقعت آثار التصرف للأصيل وعليه .

وقد اعتمد المشروع الموحد هذه القاعدة التى تسير عليها قوانين كافة البلاد على اختلاف نظمها القانونية كما رأينا ، ولم يشذ من التشريعات عن هذه القاعدة فى أهلية النائب الا القانون التجارى الأسبانى فى المادة ٢٨٢ منه

(١) السنهورى : نظرية العقد بند ٢٠٧ حاشية ١ ، ورواست ص ٥٦

ومثله بعض قوانين التجارة فى بلاد أمريكا الجنوبية (شيلى م ٣٣٨ والأرجنتين م ١٣٢ والمكسيك م ٣١٠) اذ تنص أنه فى المواد التجارية يجب أن يكون الوكيل الحامل لوكالة عامة كامل الأهلية [1].

وقد تكلم المشروع عن حق النائب فى انابة غيره فى المادة السادسة الداخلة فى الفصل الخاص بنشأة النيابة . ونرى أن نتناول مسألة انابة النائب لغيره فى القسم الخاص بمدى الانابة لأنها مسألة متعلقة بتحديد مدى سلطات النائب ولا تعلق لها فى الواقع بنشأة النيابة .

(٣)

مدى النيابة

٢٤ — مكنة النائب فى ابرام تصرفات قانونية ينصرف أثرها الى الأصيل اما أن تكون مطلقة ، واما أن تكون مقيدة بوجه من وجوه التقييد .

وطبيعى أن يكون ترتب أثر النيابة — أعنى انصراف آثار التصرف الى الأصيل مباشرة — مشروطا بدخول تصرف النائب فى نطاق حدود نيابته فاذا أجرى النائب تصرفا خارج تلك الحدود لم تترتب آثاره فى ذمة الأصيل ، اللهم الا اذا أقره هذا الأخير .

وتقييد مكنة النائب فى اجراء تصرفات ينصرف أثرها الى الأصيل مباشرة يكون بوجه من هذه الوجوه التى تؤثر فى مدى النيابة كل من ناحية معينة :

١ — من حيث الزمان : فقد تكون الانابة مطلقة من هذه الوجهة ، أو تكون مقيدة بزمان معين تنقضى بانقضائه ، أو لا تبدأ الا بابتدائه فتكون معلقة على شرط موقف .

---

(١) قارن فى الشريعة الاسلامية مذهب الشافعى على القول الذى نقلناه فى الحاشية (٣) ص ٤٧

والتقييد بالزمان كما يكون صريحا بذكر تاريخ معين قد يكون ضمنيا كمن ينيب غيره فى استئجار منزل بقصد الاصطياف مثلا فتكون الانابة قاصرة على موسم الصيف بالشكل المتعارف عليه ، واذا استأجر النائب منزلا بعد انقضاء هذا الموسم يكون قد تجاوز حدود نيابته .

٢ — من حيث الشخص : فقد تكون الانابة بالنسبة للغير عموما وقد يحدد الأصيل شخص الغير الذى يتعاقد معه النائب ، وفى هذه الحالة ليس للنائب أن يتجاوز حدود نيابته بتعاقده مع شخص آخر غير من حدده الأصيل . وكما يكون تقييد الانابة من حيث شخص الغير ناتجا من صيغتها الموجهة للنائب ، يكون كذلك ناتجا من مجرد توجيه الانابة الى شخص معين من الغير ، فالانابة الخارجية الموجهة الى شخص معين هى دائما انابة مقيدة من حيث الشخص فتعاقد النائب مع شخص خلاف من وجهت اليه الانابة خارج عن حدود نيابته ولا يترتب عليه انصراف الآثار الى الأصيل .

٣ — من حيث الموضوع : فقد تكون الانابة خاصة بتصرف واحد معين فلا تتعداه الى سواه ، وقد تكون عامة فى جميع التصرفات ، كما قد تشمل نوعا أو أنواعا معينة من التصرفات أو فرعا دون غيره من فروع نشاط الأصيل ، وقد تقيد بأوصاف معينة فى التصرفات التى يجريها النائب كأن لا تتجاوز قيمتها مبلغا معينا ، أو لا يترتب عنها على الأصيل الا مسئولية محدودة .

٤ — من حيث الشكل : فقد تكون الانابة مقيدة بوجوب أن تكون تصرفات النائب مع الغير فى شكل معين كمن يخول نائبه مكنة التعاقد باسمه بالكتابة فقط ولا يقبل أن تدخل تعهدات النائب الشفوية فى حدود النيابة . هذا ويتعين أن يثبت هذا القيد الوارد على شكل التصرفات التى يجريها النائب فى ذات السند المثبت للانابة حتى يحيط به الغير علما ، أما تقييد الأصيل لنائبه من حيث شكل تصرفات النائب بتعليمات شفوية أو مكتوبة صادرة من الأصيل الى نائبه فيأخذ حكم سائر تعليمات الأصيل المتعلقة بالعلاقة الداخلية بينهما والتى سنتكلم عنها فيما يلى (فقرة ٢٥) .

٥ — وأخيرا قد تكون الانابة معلقة على شرط فلا توجد الا بتحققه ويكون تصرف النائب قبل تحقق الواقعة المشروطة خارجا عن حدود نيابته وغير مرتب لآثار فى ذمة الأصيل .

ووجوه التقييد والاطلاق المشار اليها تخلص من التعبير عن ارادة الأصيل فى الانابة أو من تفسير تلك الارادة ان كان يعوزها الوضوح .

فاذا كانت ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة صريحة فى بيان حدود النيابة وتعيين مداها فلا تعرض صعاب فى هذا الصدد والا وجب اللجوء الى تفسير تلك الارادة .

وقد تناول المشروع الموحد مدى النيابة فى المادة ٧ التى نصها :

« اذا لم تذكر فى الانابة التصرفات التى يخول للنائب فى ابرامها فيعتبر النائب مخولا له فى ابرام جميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذى من أجله صدرت الانابة » .

وهكذا لم يقيد المشروع الانابة الواردة فى عبارات عامة بأنها تنصب على أعمال الادارة دون أعمال التصرف كما فعل القانون المصرى (م ٧٠١)، والقانون الفرنسى (م ١٩٨٨) والمشروع الفرنسى — الايطالى (م ٥٦٩) ، وانما ربط بين مدى الانابة العامة وبين الغرض الذى من أجله صدرت تلك الانابة فجعل نطاق سلطة النائب شاملا كافة التصرفات الضرورية لتحقيق ذلك الغرض .

٢٥— ونرى أن حكم المشروع فى هذا الخصوص يتوجه اليه النقد ، وذلك لأن الغرض الذى من أجله ينيب الأصيل النائب أمر متعلق بالعلاقة بين النائب والأصيل فهو عنصر من عناصر الوجه الداخلى لرابطة النيابة لا يلم به الا طرفا تلك العلاقة . أما الغير الذين يتعامل معهم النائب فلا تتسنى لهم معرفة الغرض الذى من أجله صدرت الانابة ماذام نصها خلوا من الاشارة اليه ولم يخلص لهم ذلك الغرض من الظروف التى يعرفونها .

ذلك أن الأصل أن تحديد مدى النيابة أمر يرجع الى ارادة الأصيل المتجلية فى الانابة ، وأن المسألة فى حالات الغموض والاستبهام هى مسألة تفسير تلك الارادة على ضوء ظروف الحال .

غير أن الانابة قد تصدر من الأصيل فى صيغة عامة وانما ترتبط بغرض معين معلوم للأصيل وللنائب ، كما أن الانابة قد تقترن بتعليمات صادرة من الأصيل الى نائبه خاصة بكيفية استعمال النائب للمكنة المخولة اليه بمقتضى الانابة ومبينة للظروف والأحوال والشروط التى قد يشاء الأصيل أن يقيد بها استعمال تلك المكنة .

وهنا يثور التساؤل عن مقدار ارتباط ذلك الغرض الذى صدرت الانابة بالنظر اليه وتلك التعليمات الصادرة من الأصيل الى نائبه بموضوع البحث فى مدى النيابة ، وهل لها تأثير فى تحديد ذلك المدى ، وهل ينبغى وضعها موضع الاعتبار عند تعيين حدود مكنة النائب فى ابرام تصرفات مع الغير باسم الأصيل ؟

والواقع عندنا أن تلك التعليمات لا يمكن اعتبارها عنصرا من عناصر الانابة وانما هى تتعلق بالعقد الذى تستند الانابة اليه من وكالة أو غيرها ، فتعليمات الأصيل تلزم النائب بمقتضى الوكالة (مثلا) التى تربطه بالأصيل بأن يتصرف فى حدود تلك التعليمات وأن يراعى الغرض الذى من أجله صدرت الانابة ، ولكنها لا تقيد من المكنة القانونية المخولة له بمقتضى الانابة اذا جاءت هذه الأخيرة غير مقيدة بمثل ما يرد فى التعليمات .

مثال ذلك :

(ا) ينيب عنه (ب) فى شراء عقار فى منطقة معينة ويصدر اليه فى الوقت نفسه تعليمات خاصة ببعض أوصاف العقار المطلوب شراؤه كأن لا يقل عن مساحة معينة أو لا يزيد ثمنه على مبلغ معين ، فاذا اشترى الوكيل عقارا فى المنطقة المحددة فى الانابة ولكن مخالفا للأوصاف

الواردة بتعليمات الأصيل ، فان العقد مع ذلك تنصرف آثاره الى الأصيل لدخوله فى حدود النيابة ، ولكن يبقى للأصيل أن يرجع على نائبه بما يستتبعه مخالفة هذا الأخير لالتزاماته الناجمة عن عقد الوكالة أعنى وجوب اتباع تعليمات الموكل .

وقد لا يكون أمثال الحالة السالفة الذكر مما يندر وقوعه فى العمل وذلك لأنه يحدث كثيرا أن تصاغ الانابة فى عبارات عامة تسهيلا لتعامل النائب مع الغير وتمكينا كذلك للنائب من تدبر مصلحة الأصيل بشىء من التصرف على أن يقيد النائب بالغرض الذى من أجله صدرت اليه الانابة وبالتعليمات التى تصدر اليه من الأصيل ، وهذا الغرض وتلك التعليمات انما تخص العلاقة الداخلية بينه وبين الأصيل من وكالة أو عمل ... الخ . فلا أثر لها — على ما قدمنا — فى تقييد المكنة المخولة للنائب بمقتضى الانابة [1].

وليس هذا الا نتيجة طبيعية لقاعدة استقلال الانابة عن العقد الذى تصدر بمناسبته وتمشيا مع التمييز بين وجهى النيابة : وجه العلاقة الداخلية بين النائب والأصيل ويحكمها ما يربطهما من وكالة أو عقد عمل أو غير ذلك ، ووجه العلاقة الخارجية التى تربط الأصيل بالغير بواسطة الانابة وكنتيجة لاستعمال النائب للمكنة التى تخوله اياها هذه الانابة .

٢٦— وظاهر أن عدم الاعتداد فى تحديد مدى النيابة بالتعليمات الصادرة من الأصيل أو بالغرض الذى من أجله صدرت الانابة هو أمر يقتضيه

---

(١) حكم الاستئناف المختلط ١٨ أبريل ١٩٣٩ — المحاماة ٢٠-٥٧٣-١٢٦٥ « الاتفاقات الحاصلة بين الموكل والوكيل بشأن تأجير عقار ما والمقيدة لسلطة الأخير لا يحتج بها على المستأجر الذى تعامل مع الوكيل بعد اطلاعه على عقد الوكالة الذى يمنح الوكيل سلطة تامة من حيث اختيار المستأجر وقيمة الايجار ومدة التأجير » .

وحكم محكمة الاسكندرية الابتدائية ٢١ أبريل سنة ١٩٥٧ — المحاماة ٣٨-٥١٤-١١٢٥ : « متى تصرف الوكيل مع الغير فى حدود الوكالة الصادرة اليه نفذ تصرفه فى حق الموكل وان كان التوكيل قد صدر من أجل عملية معينة متفق عليها بين الموكل والوكيل وذلك لأن عبارات التوكيل اذا لم يرد فيها ذلك التخصيص فمن حق الغير أن يطمئن الى ذلك التوكيل ويتعامل على أساسه » .

استقرار المعاملات طالما كان ذلك الغرض وتلك التعليمات أمرا منحصرا بين الأصيل والنائب ومتعلقا بالعلاقة الداخلية بينهما تلك العلاقة التي لا يفترض في الغير العلم بها أو التحرى عن تفاصيلها .

وقد أبرزت محكمتنا العليا في حكم حديث لها [1] التفرقة التي نوهنا بها بين وجه علاقة الأصيل بالنائب وبين وجه العلاقة التي تربط الغير بالأصيل عن طريق النيابة فقررت أنه :

« متى كان التوكيل الصادر الى وكيل المطعون عليهما يبيح له اجراء الصلح والنزول عن الدعوى وكان الصلح الذى عقده مع الطاعنين فى حدود هذه الوكالة قد استوفى شرائطه القانونية بأن تضمن نزول كل من الطرفين على جزء من ادعاءاته على وجه التقابل حسما للنزاع القائم بينهما وكان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذا الصلح واذ قرر أن الوكيل لم يراع فيه حدود وكالته أقام قضاءه على أن الصلح الذى عقده فيه غبن على موكليه ، فان هذا الحكم يكون قد خالف القانون ، ذلك لأن هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته ، وانما محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله لا فى علاقة الموكل بمن تعاقد مع الوكيل فى حدود الوكالة » .

وليست لنا على هذا المبدأ القويم الا ملاحظة لفظية وذلك حيث تقول محكمة النقض أن « هذا الغبن على فرض ثبوته لا يؤدى الى اعتبار الوكيل مجاوزا حدود وكالته » ، والأصوب عندنا أن يستبدل لفظ « الانابة » بلفظ « الوكالة » . فالصحيح أن يقال ان ما قد يقع فى عقد الصلح الذى يبرمه الوكيل من غبن لا يؤدى الى اعتبار الوكيل متجاوزا حدود الانابة الصادرة له من موكليه ومن ثم ينفذ تصرفه فى حقهم ، أما عقد الوكالة الذى يربط الوكيل بموكله فهو يلزمه بتحرى مصلحة الموكل وببذل عناية الرجل المعتاد فى تنفيذ الوكالة (المادة ٧٠٤ مدنى) . وعلى ذلك فمتى أبرم الوكيل عقدا

---

[1] نقض ٢٢ أكتوبر ١٩٥٣ – المحاماة ٣٥–٣٤٦–٨٨٧

فيه غبن على الموكل كان مسئولا عن ذلك أمام موكله فى نطاق عقد الوكالة[1]، ولذا تقول محكمة النقض — بحق — أن « محل بحث هذا الغبن وتحديد مدى آثاره يكون فى صدد علاقة الوكيل بموكله » أى أنه مسألة متعلقة بعقد الوكالة والتزامات الطرفين فيه لا بالانابة فى ذاتها . وقد تقدم لنا التمييز — بقدر ما يتسع له المجال — بين الانابة وبين ما ترتبط به من عقود تربط الأصيل بالنائب وأهمها فى العمل وأكثرها ذيوعا عقد الوكالة [2].

لكل ذلك كان يستحسن ألا يربط المشروع الموحد بين مدى النيابة وبين الغرض الذى من أجله صدرت الانابة من الأصيل الى النائب ، بل كان الأحرى أن توضع قواعد معينة يستهدى بها القاضى فى تفسير الانابة العامة وتحديد مداها كما تفعل غالبية التشريعات وكما فعل القانون المدنى المصرى فى المادة ٧٠١ وما بعدها .

هذا وان المشروع الموحد نفسه قد راعى فى موضع آخر أن الغرض الذى صدرت من أجله الانابة أمر يخص النائب والأصيل فى علاقتهما الداخلية ولا يفترض فى الغير العلم بذلك الغرض إلا اذا كان ظاهرا من صيغة الإنابة نفسها ، وذلك اذ ينص المشروع فى المادة ٢٣ منه — فى حالة الانابة الصادرة لصالح النائب أو لصالح الغير — على أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير « اذا كان فى وسع هذا الأخير أن يلم من واقع الانابة

---

(١) أنظر نقض ٨ ديسمبر ١٩٥٥ — «مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة النقض ٢٥ عاما » حـ ٢ ص ١٢٢٨ رقم ٨٥ :—

القول بأن ناظر الوقف له أن يؤجر أعيانه ولو بغبن فاحش انما هو خاص بتحديد العلاقة بين المستأجر وبين الناظر المؤجر له ومن يخلفه فى النظر ولا يتعدى ذلك الى المستحقين ولا يسرى عليهم لأن الناظر اذا كان يتقاضى أجراً يعتبر مسئولا أمامهم عن تقصيره وفقا للقواعد الخاصة بعقد الوكالة واذن فمتى كان الواقع هو ان ناظر الوقف الذى يتقاضى أجرا قد أجر أعيان الوقف بغبن فاحش فان الحكم المطعون فيه اذ لم يعتد بهذه الاجرة فى علاقة الناظر بالمستحق وألزمه بأجر المثل لايكون قد خالف القانون

(٢) ينظر فى تفصيل التفرقة بين الانابة وبين الوكالة كتابنا « النيابة فى التصرفات القانونية » الاسكندرية ١٩٥٤ ، ص ٨٥—٩٩

نفسها بالغرض الذى صدرت من أجله » ومعنى هذا النص أن الغرض الذى من أجله صدرت الانابة اذا لم يكن ظاهرا من صيغة الانابة نفسها فان الغير يفترض فيه عدم الالمام بذلك الغرض وبالتالى فلا يقتضى الأمر حمايته بمنع عزل النائب أو تقييد مكنته طالما أن الغير – وهو يجهل ذلك الغرض – لم يكن ليعلق عليه أهمية ولم تكن لتنبعث فى نفسه ثقة معينة مصدرها ذلك الغرض ويقتضى الحال حمايتها .

٢٧– ومما يدخل فى تحديد مدى النيابة وتعيين حدودها معرفة ما اذا كان لأحد النواب المتعددين مكنة الانفراد بالتصرف باسم الأصيل أم يتعين اجتماعهم على هذا التصرف . فقد يحدث فى العمل أن ينيب الأصيل عنه أكثر من نائب واحد فيكون أمر معرفة امكان انفراد أحدهم بالتصرف أو وجوب اجتماعهم عليه أمرا يرجع الى تحديد مدى نيابة كل منهم . ويتوقف حل هذه المسألة ككل المسائل المتعلقة بمدى النيابة على تعرف ارادة الأصيل فى الانابة أو تفسير هذه الارادة ، فاذا كانت الانابة صريحة فى امكان انفراد أحد النواب المتعددين بالتصرف أو فى وجوب اجتماعهم تحدد مدى نيابتهم على الوجه الوارد بالانابة . غير أن هذا المدى قد يتبين من تفسير ارادة الأصيل على ضوء ظروف الحال اذا لم يتبين من صريح تلك الارادة ، فاذا فرضنا مثلا أن الأصيل قد أعطى كلا من النائبين عنه صك انابة مستقلا كان مفهوم ذلك امكان انفراد كل منهم بالتصرف بعكس ما اذا كان قد أعطاهم صك انابة واحدا ففى هذا الفرض يتعين اجتماعهم على التصرف .

وهذا ما تقرره المادة ٩ من المشروع الموحد اذ تنص على أنه :

« اذا صدرت الانابة لعدة أشخاص فى صك واحد من أجل ابرام نفس التصرف باسم الأصيل افترض وجوب اجتماعهم على ابرام ذلك التصرف » .

وهو نفس الحكم الذى ينص عليه القانون المدنى المصرى فى المادة ٢/٧٠٧ على أن القانون المصرى يخفف من حدة هذه القاعدة فى الأحوال

التى لا خطر فيها على مصلحة الأصيل من انفراد أحد النواب المتعددين بالتصرف وذلك اذ تقول المادة ٢/٧٠٧ :

« اذا عين الوكلاء فى عقد واحد دون أن يرخص فى انفرادهم فى العمل كان عليهم أن يعملوا مجتمعين الا اذا كان العمل مما لا يحتاج فيه الى تبادل الرأى كقبض الدين أو وفائه » .

والاستثناء الوارد بآخر هذه الفقرة يتضمن حكما مستحدثا لم يكن منصوصا عليه فى المادة المقابلة من التقنين القديم وهى المادة ٥١٩ ، كما أنه لم يكن موجودا فى المشروع الأول لتنقيح القانون المدنى المصرى وانما أضيف الى المادة ٧٠٧ عند نظر القانون فى مجلس النواب « لازالة لبس عرض فى العمل » ، كما ذكرت اللجنة التشريعية فى تقريرها . وحكمة هذا الاستثناء واضحة من حيث انتفاء علة وجوب اجتماع النواب المتعددين على تلك التصرفات التى لا تحتاج الى تبادل الرأى والتى لا خطر منها على مصلحة الأصيل .

والمشروع الموحد الذى بين أيدينا لم يورد مثل هذا الاستثناء من قاعدة اجتماع النواب المتعددين على التصرف الواحد فجاءت تلك القاعدة مطلقة فى المادة ٩ من المشروع كما رأينا ، على أن التقرير التفسيرى للمشروع يوضح أن القرينة التى تضعها تلك المادة ليست مطلقة فهى تقبل اثبات العكس أى أنه يجوز أن يثبت ذوو الشأن أن ارادة الأصيل قد اتجهت الى خلاف حكم تلك القاعدة .

واذا كانت الانابة الصادرة لأكثر من نائب تلزمهم بالتصرف مجتمعين فان ذلك لا يعنى حتما وجوب اجتماعهم على التصرف فى وقت واحد حتى تنتج النيابة أثرها ، ذلك أن وجوب تصرفهم مجتمعين معناه موافقتهم

جميعا على التصرف [1]. واذن فمن المتصور أن يتعاقد أحد النواب المتعددين مع الغير فى تاريخ معين ثم تصدر موافقة سائر النواب فى تواريخ لاحقة ، وفى هذه الحالة لا تعتبر النيابة تامة ولا ينتج العقد أثره فى ذمة الأصيل الا من وقت موافقة آخر النواب أى من وقت اكتمال التعبير عن ارادتهم فى العقد المبرم مع الغير .

وحكم الشريعة الاسلامية فى حالة تعدد النواب المعينين فى انابة واحدة هو نفسه حكم المشروع الموحد وحكم القانون المدنى المصرى ، فالمقرر فى الشريعة الغراء أنه « لا ينفذ تصرف أحد الوكيلين معا — كوكلتكما بكذا — وحده ولو الآخر عبدا أو صبيا أو مات أو جن الا فيما اذا وكلهما على التعاقب »[2] ، وكذلك « لو وكل رجلين ببيع شىء وأحدهما عبد أو محجور عليه أو صبى لم يجز للآخر أن ينفرد ببيعه لأنه ما رضى برأيه وحده حتى ضم اليه رأى الآخر .. ولو مات أحدهما أو ذهب عقله لم يكن للآخر أن يبيعه لأنه ما رضى برأيه وحده »[3] ، و« اذا وكل وكيلين فى تصرف وجعل لكل واحد الانفراد بالتصرف فله ذلك لأنه مأذون له فيه فان لم يجعل له ذلك فليس لأحدهما الانفراد به لأنه لم يأذن له فى ذلك وانما يجوز له ما أذن فيه موكله ، وبهذا قال الشافعى وأصحاب الرأى ... فان غاب أحد الوكيلين لم يكن للآخر أن يتصرف »[4] .

---

(١) نقض ١٩ ديسمبر سنة ١٩٣٥ "مجموعة القواعد التى قررتها محكمة النقض فى ٢٥ عاما" حـ ٢ ص ٨٣٩ رقم ٤٨ : « المقرر شرعا وقانونا أن أحد الوكيلين أو أحد الوصيين المشروط لهما فى التصرف مجتمعين اذا تصرف بإذن صاحبه أو باجازته نفذ تصرفه صريحة كانت الاجازة أو ضمنيه ، فاذا أجرى أحد هذين الوصيين تصرفا ، صح تصرفه متى صدرت من شريكه فى الوصاية أعمال وتصرفات دالة على رضائه بهذا التصرف » .

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٤٢٦

(٣) المبسوط ج ١٩ ص ٤٥ . وانظر كذلك ص ٥١ فى جواز الانفراد اذا لم يكن تعيين النواب بصك واحد « واذا وكل رجلا ببيع عبده هذا ثم وكل آخر به أيضا فأيهما باعه جاز لأنه رضى برأى كل واحد منهما على الانفراد حين وكله ببيعه وحده » .

(٤) المغنى ج ٥ ص ٢١٤

واذا كان المشروع الموحد قد اختار قاعدة وجوب اجتماع النواب المتعددين على التصرف فى حالة عدم الترخيص لهم فى الانفراد كما فعل المشرع المصرى وغيره وكما هو حكم الشريعة الاسلامية ، فان من تشريعات البلاد الأخرى ما لا يتبع هذه القاعدة وذلك كالقانون المدنى الايطالى (م ١٧١٦ و٢٢٠٣) وقانون الالتزامات البولونى (م ١٠٢) والقانون المدنى الشيلى (م ٢١٢٧) . فهذه التشريعات كلها تنص على امكان انفراد كل واحد من النواب المتعددين بالتصرف باسم الأصيل فى حالة خلو الانابة من النص على وجوب تصرفهم مجتمعين . كما أن هناك تشريعات اختطت سبيلا مغايرا اذ اعتبرت النواب المتعددين بديلا أحدهم من الآخر وبالترتيب الذى ترد به أسماؤهم فى الانابة ، بمعنى أن النائب الذى يذكر اسمه فى الانابة بعد اسم غيره لا تكون له صفة التصرف باسم الأصيل الا اذا تعذر ذلك على من يسبقه وهذا هو حكم القانون المدنى البرازيلى (م ١٣٠٤) .

٢٨– ومن المسائل التى يتوقف حلها على تعرف مدى النيابة مسألة انابة النائب غيره فى ابرام تصرف باسم الأصيل فان جواز تلك الانابة للنائب أو امتناعها عليه رهن بحدود مكنته التى قد يدخل فيها أو يخرج عنها انابة غيره عن نفسه حسب الأحوال .

وفى هذا الصدد تقول المادة السادسة من المشروع الذى نستعرضه ما يلى :

« لا يجوز للنائب أن ينيب عنه غيره الا بترخيص صريح من الأصيل . ومع ذلك فتكون انابة النائب غيره جائزة ولو بغير الترخيص الصريح المنوه عنه وذلك فى الأحوال الثلاثة الآتية :

١ — اذا كان الحق فى انابة الغير متفقا وحكم القانون فى البلد الذى يبرم فيه النائب التصرف المناب فيه طبقا للانابة .

٢ — اذا كان الحق فى انابة الغير يخلص ضرورة من طبيعة التصرف المذكور .

٣ – اذا تعذر على النائب نتيجة لظرف أو واقعة خاصة به أن يبرم التصرف المناب فيه وكانت مصلحة الأصيل تقتضى عدم تأجيل ابرام التصرف .

وفى الأحوال التى تكون انابة الغير فيها جائزة يعتبر نائب النائب نائبا مباشرا عن الأصيل » .

واذن فالأصل فى حكم المشروع الموحد هو امتناع انابة الغير ما لم يرخص الأصيل للنائب بذلك صراحة ، وقد كان على واضعى المشروع أن يختاروا فى هذا الصدد بين اتجاهين بارزين فى مختلف قوانين الدول :

الاتجاه الأول : هو اتجاه القانون الفرنسى والقوانين المستمدة منه أو المتأثرة به ومؤداه امكان قيام النائب بانابة غيره عنه بصرف النظر عن الترخيص له من الأصيل فى تلك الانابة ما لم يكن ممنوعا من ذلك بصريح نص الانابة .

والاتجاه الثانى : هو اتجاه القانون الانجليزى وقوانين بلاد الشمال والقانون التجارى فى كل من المانيا والنمسا ، ومؤدى هذا الاتجاه حظر انابة النائب غيره ما لم يكن مرخصا له فى ذلك صراحة من الأصيل .

وقد انحاز واضعو المشروع الموحد لهذا الاتجاه الثانى معتبرين اياه أكثر عدالة من الاتجاه الأول لكون الأصل فى اختيار النائب خضوعه لاعتبارات شخصية راعاها الأصيل وقد لا تتوفر تلك الاعتبارات فيمن ينيبه النائب عن نفسه .

على أن المادة ٦ من المشروع الموحد تورد ثلاثة استثناءات من قاعدة عدم جواز انابة النائب غيره يرجع أولها الى قانون البلد الذى يتعين على النائب طبقا للانابة أن يبرم فيه التصرف المناب فيه ، فاذا كان قانون ذلك البلد يجيز للنائب انابة الغير بغير حاجة الى ترخيص صريح جاز له أن يفعل ذلك . على أن التقرير التفسيرى يضيف أن هذا الاستثناء لا ينطبق

الا فى حالة ابرام التصرف فى ذات البلد الذى حدده الأصيل فى الانابة وذلك حتى لا تترك للنائب حرية اختيار البلد الذى يجيز قانونه انابة الغير فيبرم فيه التصرف مستفيدا من رخصة الاستنابة عن نفسه .

واذا كان المرجع فى هذا الاستثناء الى قانون البلد المفروض أن يبرم فيه التصرف المناب فيه كان من المفيد أن نرجع الى حكم القانون المصرى فى شأن انابة النائب غيره .

تنص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى المصرى على أنه :

« اذا أناب الوكيل عنه غيره فى تنفيذ الوكالة دون أن يكون مرخصا له فى ذلك كان مسئولا عن عمل النائب كما لو كان هذا العمل قد صدر منه هو ، أما اذا رخص للوكيل فى اقامة نائب عنه دون أن يعين شخص النائب ، فان الوكيل لا يكون مسئولا الا عن خطئه فى اختيار نائبه أو عن خطئه فيما أصدره له من تعليمات . ويجوز فى الحالتين السابقتين للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما مباشرة على الآخر » .

وظاهر من هذا النص أن للنائب الاتفاقى — ولو كان غير مرخص له فى ذلك — أن ينيب غيره فى اجراء التصرف الذى تقع آثاره مباشرة فى ذمة الأصيل ، وكل ما هنالك من فرق بين حالة وجود الترخيص بالانابة وبين حالة عدم وجود ذلك الترخيص هو فى المسئولية التى تقع على الوكيل فهو فى حالة الترخيص بالانابة عن نفسه لا يسأل الا عن خطئه فى اختيار النائب ، أما فى حالة انابة غيره عنه بدون ترخيص فيكون مسئولا عن عمل ذلك النائب كمسئوليته عن عمله هو . وهذه المسئولية التى يضيق نطاقها فى حالة وجود الترخيص ويتسع فى حالة عدم وجوده ليست مما يهمنا ونحن بصدد الأحكام العامة للنيابة لأن تلك المسئولية أمر يتصل بالعلاقة الداخلية بين الوكيل والموكل أى بعقد الوكالة وهو ما يخرج عن موضوعنا ، أما ما يتصل بهذا الموضوع فهو أن حكم النيابة — بمعنى انصراف أثر التصرف الى الأصيل — يجرى فى كل حالات انابة النائب غيره عن نفسه

فى ابرام التصرف اذ ترجع آثار تصرف نائب الوكيل الى الأصيل رأسا بلا نظر الى كون الوكيل مرخصا له فى عقد الوكالة بانابة غيره أو غير مرخص له بذلك .

هذا وأن الفقرة الأخيرة من المادة ٧٠٨ التى تنص على أن للموكل ولنائب الوكيل أن يرجع كل منهما على الآخر مباشرة — وهى القاعدة نفسها التى تضمنتها الفقرة الأخيرة من المادة ٦ من المشروع الموحد — ليست الا تطبيقا للقاعدة العامة فى أثر النيابة ، فما دامت الانابة الصادرة من النائب الأصلى الى غيره داخلة فى نطاق نيابته فانها ككل تصرف يبرمه النائب باسم الأصيل وفى حدود النيابة تقع آثارها فى ذمة الأصيل رأسا ويرتبط بها الأصيل مع الغير الذى تعامل معه النائب مباشرة ، ومن ثم كان لكل من الأصيل ونائب النائب أن يرجع على الآخر بدعوى مباشرة .

وقد كان خلو القانون المدنى الفرنسى من نص مماثل على حق الرجوع بالدعوى المباشرة بين نائب الوكيل والأصيل سببا فى اختلاف الفقهاء فى جواز ذلك ، فذهب فريق من بينهم بلانيول وريبير وسافاتييه الى عدم جواز رجوع نائب الوكيل على الأصيل بدعوى مباشرة على أساس أن الدعاوى المباشرة لا يصح التوسع فى قبولها . وهذا القول مردود بما تقدم لنا من أن ثمة علاقة تعاقدية بين الأصيل ونائب الوكيل أنشأها الوكيل الأصلى فى حدود وكالته ، وعلى ذلك فدعوى أحدهما على الآخر ليست من قبيل الدعاوى المباشرة بين من لا تربطهم علاقة تعاقدية وهى وحدها الدعاوى التى تحتاج الى نص يقررها وينبغى عدم التوسع فى قبولها . أما القضاء الفرنسى فليس بين أحكامه ما تعرض لهذه المسألة الا القليل من أحكام المحاكم الابتدائية [1] التى أجازت لنائب الوكيل الرجوع على الموكل بدعوى مباشرة.

---

[1] محكمة السين فى ٤ يناير ١٨٩٣ — جازيت دى باليه ١٨٩٣-١-٦٩٢ . وانظر رواست ص ١٥٠ حيث يقرر أن مسألة الدعوى المباشرة غير ذات أهمية فى العمل اذ يجوز دائما لنائب الوكيل أن يرجع على الأصيل بدعوى الاثراء على حساب الغير لاسترداد ما يكون قد أنفقه من مصروفات لمنفعة الأصيل وذلك بصرف النظر عن امتناع رجوعه على الأصيل بالدعوى المباشرة المستندة الى عقد الوكالة .

ويلاحظ مابين نص المادة ٧٠٨ من القانون المدنى الحالى وبين نص المادة ٥٢٠ المقابلة لها من القانون المدنى القديم [١] من اختلاف اذ كان النص القديم يجرى هكذا « يجب أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا فى سند التوكيل » ، مما يصح معه القول بعدم جواز انابة الوكيل غيره عن نفسه اذا جاء التوكيل خلوا من أى نص على ذلك . غير أن القضاء كان يجرى فى تطبيق تلك المادة على طريقة لا تبعد عن مدلول نص المادة ٧٠٨ الجديدة اذ قضى بأنه « ان كانت المادة ٥٢٠ من القانون المدنى تستلزم أن يكون الاذن للوكيل بانابة غيره صريحا فى سند التوكيل ، الا أنه اذا كانت طبيعة عمل الوكيل لا تتفق وقيامه شخصيا بالعمل الموكل اليه فان سند التوكيل يحمل فى طياته ضمنا الاذن بانابة الغير » [٢] . كما قضى بأن « المادة ٦٣٦ مدنى مختلط (المقابلة للمادة ٥٢٠ أهلى) التى تحظر على الوكيل الذى لم يرخص له صراحة أن ينيب عنه غيره فى تنفيذ الوكالة لا تقتضى بطلان تصرفات نائب الوكيل ، وللغير الذى تعامل مع نائب الوكيل بحسن نية فى حدود الوكالة أن يطلب اقرار التصرفات المبرمة مع نائب الوكيل كما لو كانت قد أبرمت مع الوكيل نفسه » [٣] .

وعلى هذا فان المادة ٥٢٠ من القانون المدنى القديم فى تطبيقات القضاء لها لم تكن لتختلف كثيرا عن المادة ٧٠٨ من القانون المدنى الحالى من حيث نفاذ تصرف نائب الوكيل فى حق الموكل بصرف النظر عن وجود الترخيص للوكيل بانابة غيره ، ذلك الترخيص الذى يقتصر أثره على تحديد مدى المسئولية فيما بين الموكل والوكيل .

على أنه اذا جاء النص على منع الوكيل من انابة غيره صريحا فى سند التوكيل فان الأمر حينئذ يكون متعلقا بمدى نيابة ذلك الوكيل ، ويكون

---

(١) المقابلة للمادة ٦٣٦ من القانون المدنى المختلط وللمادة ١٩٩٤ من القانون المدنى الفرنسى.

(٢) ميت غمر الجزئية ٢٦ مايو ١٩٣٥ — المحاماة ١٥ القسم الثانى رقم ٣٤١ ص ٤٢٩

(٣) استئناف مختلط ٢٤ مارس ١٩٣١ — البلتان ٤٣—٣٠٩

فى انابة غيره عن نفسه رغم وجود الحظر الصريح خروجا عن حدود النيابة ولا يكون تصرف نائب الوكيل نافذا فى حق الأصيل – شأن كل تصرف لايدخل فى نطاق مكنة النائب – اللهم الا اذا أقره صاحب الشأن أى الأصيل.

القاعدة اذن أن مدى النيابة الاتفاقية يشمل انابة النائب غيره عن نفسه فى جميع الحالات باستثناء واحد هو حالة التصريح بمنع النائب من انابة غيره [1] ، ففى هذه الحالة وحدها يعتبر التصرف الذى يبرمه نائب النائب حاصلا خارج حدود المكنة المعطاة من الأصيل لنائبه ويأخذ حكم سائر التصرفات الخارجة عن حدود النيابة .

والاستثناء الثانى الذى تورده المادة ٦ من المشروع الموحد على قاعدة عدم جواز انابة الغير يرجع الى طبيعة التصرف المناب فيه ، وهو استثناء تمليه الضرورة العملية بل هو يكاد يستند الى ارادة ضمنية للأصيل ، لأنه اذا كانت طبيعة التصرف لا تتفق وامكان قيام النائب به شخصيا فان الانابة تتضمن فى طياتها الاذن بانابة الغير . وهذا الاستثناء أجمعت عليه كذلك مختلف مذاهب الشريعة الاسلامية ، فالأصل فى الشريعة الغراء امتناع انابة النائب غيره ما لم يأذن له الأصيل صراحة ، فحكم الشريعة فى هذا الخصوص يتفق والاتجاه الثانى من الاتجاهين اللذين سلفت الاشارة اليهما وهو الذى اختاره المشروع الموحد [2] . غير أن فقهاء الشريعة يستثنون من هذا الحظر الحالة التى تكون فيها طبيعة التصرف تقتضى انابة الغير فيه ، اذ نجد فى « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٢٩) قوله « وان لم يتأت

(١) رواست ص ١٤٦ وبوبسكو – رامنسيانو ص ٢٧٥

(٢) ابن عابدين ج ٤ ص ٤١٧ « (التوكيل) هو اقامة الغير مقام نفسه فى تصرف جائز معلوم .. بكل ما يباشره الموكل بنفسه لنفسه .. قوله (لنفسه) أخرج الوكيل فانه لا يوكل مع أنه يباشر بنفسه » . وص ٤٢٨ « الوكيل لا يوكل غيره الا باذن آمره لوجود الرضا » . والمبسوط ج ١٩ ص ٣١ « الوكيل بالبيع ليس له أن يوكل غيره به .. (لأن) الموكل رضى برأى الوكيل الأول والناس يتفاوتون فى الرأى » . ونهاية المحتاج ج ٤ ص ٢٩ « وليس لوكيل أن يوكل بلا إذن إن تأتى منه ما وكل فيه » . ونفس المعنى فى الأم ج ٣ ص ٢٠٧ – والمغنى ج ٥ ص ٢١٥

ما وكل فيه لكونه لا يحسنه أو لا يليق به أو يشق عليه تعاطيه مشقة لا تحتمل فى العادة كما هو واضح فله التوكيل عن موكله دون نفسه لأن التفويض لمثله يقصد به الاستنابة » ، كما نجد فى « المغنى » (ج ٥ ص ٢١٥) قوله : « اذا كان (التصرف الموكل فيه) مما لا يعمله الوكيل عادة انصرف الاذن الى ما جرت به العادة من الاستنابة فيه .. (وكذلك) أن يكون مما يعمله بنفسه الا أنه يعجز عن عمله كله لكثرته وانتشاره فيجوز له التوكيل فى عمله أيضا لأن الوكالة اقتضت جواز التوكيل » .

وهذا هو حكم سائر مذاهب الشريعة الغراء .

أما الاستثناء الثالث الذى جاءت به المادة ٦ من المشروع الموحد فهو مأخوذ عن المادة ٢٥٤ من القانون المدنى السوفيتى ، وهو يخص الحالة التى يتعذر فيها على النائب ابرام التصرف وتستدعى المصلحة العاجلة للأصيل عدم تأجيل ابرامه ، فهنا يجيز النص للنائب أن ينيب عنه غيره فى ابرام التصرف لحساب الأصيل .

والواقع أن هذه الحالة تدخل فى عموم قاعدة الفضالة اذ مع توفر الاستعجال وارتباط مصلحة صاحب الشأن بابرام التصرف يستطيع الفضولى أن يبرمه بالنيابة عنه .فكان أولى أن تمتد نيابة النائب غير المصرح له بانابة الغير الى تلك الانابة فى الظروف المتقدمة .

٢٩– لم يتعرض مشروع المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص لمسألة هامة تتصل بمدى النيابة وهى مسألة تعاقد النائب مع نفسه ، ولما كنا قد التزمنا فى هذا البحث استعراض أحكام ذلك المشروع والتعليق عليها فلن نتناول مسألة التعاقد مع النفس ونكتفى هنا بمجرد الاشارة الى هذه المسألة التى يجدها القارىء مستوفاة فى مظانها (١) .

---

(١) « النيابة فى التصرفات القانونية » (المرجع الذى سلفت الاشارة اليه) ص ١٢١–١٢٧ والمراجع المشار اليها فيه .

٣٠ــ متى تحدد مدى النيابة وتعين نطاق سلطة النائب ، فان كل تصرف يبرمه داخل ذلك النطاق ينتج آثاره مباشرة لدى الأصيل ــ وهذا ما سنتناوله تفصيلا عند الكلام فى أثر النيابة ــ أما تصرف النائب الذى يجاوز به مدى نيابته ويخرج عن نطاقها فلا ترجع آثاره الى الأصيل الا أن يقره هذا الأخير .

وبخصوص الاقرار[1] ratification تقول المادة ١٣ من المشروع الموحد :

« التصرف الذى يبرمه شخص لا صفة له باسم شخص آخر ينتج فى حالة اقراره الآثار نفسها التى كان ينتجها لو أبرم بموجب انابة .

والاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان التصرف مما يمكن ابرامه وقت صدور الاقرار ، واذا كان التصرف قد أبرم باسم شخص معنوى قبل تأسيسه فالاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان ممكنا طبقا للقانون الذى يحكم تأسيس الشخص المعنوى .

وتنطبق على الاقرار القواعد الموضحة فى المادة الثالثة بخصوص الانابة .

ويمكن للغير ولمن تعاقد معه كنائب أن يرجعا فى العقد قبل أن يتصل بعلم من كان يصح له اقراره .

وللغير الحق فى أن يحدد للأصيل مهلة معقولة للاقرار .

---

(١) استعمل المشرع المصرى فى المادة ١٠٨ من القانون المدنى لفظ « الاجازة » فى قوله : « على أنه يجوز للأصيل فى هذه الحالة أن يجيز التعاقد » . وفى هذا الاستعمال خروج على التفرقة المعهودة بين الاجازة confirmation ويقصد بها تصحيح أحد الطرفين لعقد قابل للابطال (المادة ١/١٣٩) وبين الاقرار ratification ويقصد قبول الشخص لعقد ما كان يحتج به عليه لولا الاقرار . وقد كان نص المادة ١٠٨ فى المشروع (برقم ١٦١) يستعمل تعبير الاقرار ويبدو أن استبدال تعبير الاجازة به تم فى بعض مراحل التقنين بغير التفات الى الفارق الاصطلاحى بين التعبيرين . أنظر فى الفارق بين الاجازة والاقرار : السنهورى ــ نظرية العقد بند ٦١٦ ورواست ص ٨٠ــ٨١

وللغير الحق كذلك فى عدم قبول الاقرار الجزئى .

ولا يمكن الرجوع فى الاقرار .

ورخصة الاقرار تنتقل الى ورثة الأصيل .

وتنطبق أحكام الفقرات السابقة على اقرار الأصيل لتصرفات النائب التى تجاوز حدود انابته » .

وبديهى أن الأصيل وهو يملك تخويل النائب مكنة معينة قبل اجراء التصرف يملك كذلك تخويله تلك المكنة بعد أن يكون قد تصرف ، وعلى هذا الوجه يمكن أن يقال أن الاقرار ليس الا انابة لاحقة للتصرف ذات أثر رجعى ، ولذا فان شرط صحته أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الانابة ويقره قاصدا اضافة أثره الى نفسه [1] .

وقد كان الاقرار محل تصوير خاطىء فى الفقه الفرنسى من زمن فقد كان النائب يعتبر فى موقف من يتقدم للأصيل بعرض مضمونه التصرف الذى عقده مع الغير [2] وكان الأصيل يعتبر باقراره ذلك التصرف كمن يعقد مع الغير عقدا جديدا وذلك باعتبار أن تصرف النائب مع الغير قبل الاقرار ليس تصرفا مكتملا وأنه لا يكتمل الا بقبول الأصيل فى الاقرار [3] .

الا أن خطل هذا التصوير وبعده عن حقيقة النيابة لم يلبث أن اتضح وأطرحت تلك الفكرة القديمة واستقر الرأى على أن الاقرار لا يكون عقدا

---

(١) حكم محكمة النقض ٦ أبريل سنة ١٩٥٠ — مجموعة أحكام محكمة النقض (المدنية) السنة الأولى رقم ١٠١ ص ٤٠١ « الوكيل ملزم بتنفيذ الوكالة دون أن يجاوز حدودها المرسومة ويجب لاقرار ما يباشره خارجا عن هذه الحدود أن يكون المقر عالما بأن التصرف الذى يقره خارج عن حدود الوكالة وأنه قد أقره قاصدا اضافة أثره الى نفسه » .

(٢) ديلامار ولبواتفان — موسوعة عقد الوكالة بالعمولة ج ١ بند ١٨١ الفصل السادس مشار اليه فى بوبسكو — رامنسيانو ص ٣٤٣

(٣) لوران ج ٢٨ بند ٦٩ مشار اليه فى بوبسكو — رامنسيانو ص ٣٤٤

جديدا بين الأصيل والغير وانما هو تصديق على عقد موجود فعلا بين النائب والغير وهو تصديق يسد الثغرة التى كانت ناشئة عن تجاوز حدود النيابة ، وبذلك يتم حكم النيابة بأثر رجعى فتنصرف آثار العقد الى الأصيل من وقت ابرام العقد بين النائب والغير وهو ما يتفق والنظرية الحديثة فى النيابة التى مؤداها ان العقد انما يتم باتفاق ارادة النائب مع الغير دون مدخل لارادة الأصيل على ما أسهبنا فيه فى موضعه من هذا البحث .

هذا وان الاقرار وهو تعبير عن ارادة الأصيل – مثله مثل الانابة – قد يكون صريحا وقد يكون ضمنيا ، وغالبا ما يستنتج ضمنا من ابتداء الأصيل فى تنفيذ العقد الذى أبرمه نائبه مع الغير .

والى هذا تشير الفقرة الرابعة من المادة ١٣ من المشروع اذ تخضع الاقرار للقواعد المنصوص عليها فى المادة ٣ بخصوص الانابة وهى التى تنص على ان الانابة يصح أن تستخلص من الظروف .

هذا وقد أوردت الفقرة الثانية من المادة ١٣ قيدا على الأثر الرجعى للاقرار[1] اذ اشترطت لانتاج الاقرار أثره أن يكون التصرف موضوع الاقرار مما يمكن ابرامه صحيحا وقت صدور الاقرار . ويقول التقرير التفسيرى أن هذا القيد يرد بصفة خاصة على التصرفات التى تقترن بمواعيد سقوط ، اذ لا يجوز أن يصدر بعد فوات الميعاد اقرار من الأصيل يكون مؤداه أن ينتج التصرف الذى سبق ابرامه فى الميعاد أثره والا لم يكن لتحديد مواعيد السقوط قيمة .

وباقى فقرات هذه المادة تتضمن أحكاما شبيهة بأحكام المادتين ١٧٧ و١٧٨ من القانون المدنى الألمانى ترجع كلها الى الحكمة عينها ، وهى أن العقد الذى يبرمه باسم آخر شخص لا صفة له أو نائب جاوز حدود نيابته

---

(١) أنظر فى تبرير الأثر الرجعى للاقرار – كلاريز ص ٢٠٦–٢١١

هو عقد غير نافذ ولكنه فى الوقت نفسه قابل للنفاذ ، وهو لذلك يمثل بالنسبة لذوى الشأن جميعا وضعا قلقا من المصلحة أن يستقر اما بنفاذ العقد فى حق أبرم باسمه واما باعتباره غير قائم .

لهذا تنص الفقرة الخامسة من المادة ١٣ على امكان الاتفاق بين الغير وبين من تعاقد معه كنائب على الرجوع عن العقد الذى أبرماه قبل أن يتصل ذلك العقد بعلم من أبرم باسمه أى قبل أن ينشأ حق هذا الأخير فى اقرار العقد أو عدم اقراره .

كما تنص الفقرة السادسة على حق الغير فى تحديد مهلة معقولة يلتزم الأصيل خلالها باقرار العقد بحيث اذا انقضت بغير أن يصدر الاقرار أصبح فى حل من ذلك العقد . وتنص الفقرة الثامنة على ان الاقرار بات بطبيعته بحيث اذا صدر عن الأصيل لا يمكنه الرجوع فيه وكلها أحكام ترمى الى التقصير من أمد عدم استقرار الوضع الناشىء عن تجاوز النائب حدود نيابته أو تصرفه بغير صفة له فى التصرف .

وأخيرا فان الفقرة الثالثة من هذه المادة تناولت حالة التصرفات التى تبرم لحساب شخص معنوى قبل أن يوجد ذلك الشخص فتخضع اقرار مثل هذه التصرفات للقانون الذى يحكم تأسيس الشخص المعنوى ، والصورة البارزة لهذه الحالة هى حالة تصرفات المؤسسين للشركة المساهمة فان العقود التى يعقدها هؤلاء المؤسسون مع الغير فى كل ما يتصل بتأسيس الشركة أو بمباشرة نشاطها تلزم الشركة المساهمة بمجرد اتمام اجراءات تأسيسها ، ويعتبر المؤسسون فى التصرفات التى عقدوها مع الغير قبل التأسيس نائبين عن الشركة المساهمة التى لم تكن موجودة وقت التعاقد ، وينظم القانون أو نظام الشركة كيفية اقرار تلك التصرفات ويتم ذلك غالبا بقرار يصدر من أول جمعية عمومية للمساهمين ان لم يتضمن نظام الشركة نفسه اقرار التصرفات المذكورة .

٣١ــ بقيت من المسائل المتعلقة بالبحث فى مدى النيابة وتعيين حدود مكنة النائب مسألة الجزاء الذى يترتب على خروج النائب عن حدود نيابته . اذ ما هو حكم التصرف الذى يتجاوز به النائب الحدود المرسومة للنيابة ؟ لا شك أن مثل هذا التصرف لا تنصرف آثاره الى الأصيل ، ولكن هل تترتب عليه مسئولية ما على النائب قبل الغير وما هو سند هذه المسئولية وما مداها ؟

هذه كلها أمور تتصل بموضوع مدى النيابة وقد فضلنا لذلك أن نتناولها فى هذا القسم بدلا من الكلام عليها مع آثار النيابة كما فعل المشروع الذى نستعرض أحكامه اذ تناول مسألة تجاوز حدود النيابة فى المادة ١٤ الواردة فى الفصل الخاص بأثر التصرف المبرم بطريق النيابة : ذلك أن بيان أثر تصرف النائب خارج حدود نيابته انما يتناول الأحكام التى تنبنى على تجاوز مدى النيابة ولا يمكن بغير تجوز كثير ادخالها ضمن آثار النيابة لأنه لا نيابة فى الواقع فى مثل هذه الحالات .

وتنص المادة ١٤ من المشروع على ما يأتى :

« الشخص الذى يتعامل مع الغير بوصفه نائبا يكون مسئولا قبل الغير عن الضرر الذى سببه له بتعامله معه من غير انابة أو خارج حدود انابته أو بعدم احاطة الغير علما بالحدود المذكورة .

ومع ذلك فلا محل هذه المسئولية اذا كان الغير يعلم أو كان يجب أن يعلم انتفاء الانابة أو تجاوز النائب لحدود انابته » .

والواقع أن حالات تجاوز حدود النيابة لا تخرج بالنسبة الى الغير الذى يتعامل معه النائب عن صورتين :

١ ــ فقد يكون الغير عالما بانتفاء صفة النائب فى العمل الذى يجريه ــ اما لعدم وجود انابة أصلا واما لخروج ذلك العمل عن حدودها ــ وهذه هى الحالة العادية للفضالة . وفى هذه الصورة لا محل لترتيب أية مسئولية

على النائب أو على المتخذ لصفة النائب وذلك لعلم الغير بحقيقة الواقع علما من شأنه انتفاء ضرورة حمايته بتحميل النائب مسئولية ما .

٢ — وقد يكون الغير جاهلا انتفاء صفة النائب فى العمل الذى يجريه أى معتقدا وجود الانابة ودخول العمل فى حدودها . وهذه الصورة تقتضى البحث فى المسئولية التى تقع على عاتق النائب أو المتخذ لصفة النائب بالنسبة للغير المتعاقد معه . فما هو أساس هذه المسئولية وما مداها ؟

مؤدى نظام النيابة أن النائب وان كان له الدور الأول فى ابرام التصرف القانونى الا أنه بعيد كل البعد عن آثاره ، فهذه الآثار تنصرف مباشرة الى الأصيل ولا شأن للنائب بها مطلقا ، فاذا امتنع انصراف هذه الآثار الى الأصيل بسبب انتفاء صفة النائب فلا يكون مؤدى ذلك انصراف تلك الآثار الى النائب نفسه لأن هذا الأخير لم يكن يتعاقد باسمه ولم تتجه ارادته الى التصرف لحسابه ، وعلى هذا فالمسئولية التى تترتب على هذا الوضع فيما بين النائب والغير لا يمكن أن تستند الى العقد المبرم بينهما فان هذا العقد لا يمكن أن يكون منشئا لآثاره فى ذمة النائب .

هذا هو مؤدى منطق النيابة ، والنتيجة المباشرة لذلك هو استبعاد استمداد مسئولية النائب قبل الغير من العقد المبرم بينهما وبالتالى استبعاد شمول تلك المسئولية للالتزامات الناشئة عن ذلك العقد بحيث يلزم بتنفيذها النائب الذى تجاوز حدود نيابته أو تعاقد بغير صفة .

فاذا لم تنبع مسئولية النائب عن ذلك العقد غير النافذ فما هو مصدرها ؟ الجواب هو أن تلك المسئولية ان امتنع أن تكون عقدية فهى لا يمكن الا أن تكون تقصيرية فيلتزم النائب بتعويض الغير على أساس الخطأ الذى وقع فيه باخفائه عن المتعاقد معه حقيقة اتساع نيابته .

غير أن اقامة مسئولية النائب على أساس الخطأ لا تحقق الحماية الكاملة للغير المتعاقد مع النائب أولا لتعذر نسبة الخطأ الى النائب لمجرد كونه قد تجاوز حدود نيابته ، أو تعاقد بغير صفة دون أن يصطحب ذلك بظروف

من شأنها تبرير نسبة الخطأ اليه ، وكثيرا ما يكون مثل هذا النائب حسن النية آملا اجازة الأصيل للعقد أو غير متنبه الى تجاوزه حدود النيابة . وثانيا لأن عبء الاثبات فى كل مسئولية تقصيرية هو على مدعى الخطأ وقد يتعذر على الغير فى كثير من الصور اثبات حصول الخطأ من النائب .

لذلك اتجه تفكير كثير من الفقهاء فى فرنسا وفى المانيا قبل صدور قانونها المدنى الى البحث عن أساس آخر لمسئولية النائب الذى يتجاوز حدود نيابته أو يتعاقد بغير صفة . وأبرز هذه الاتجاهات هو ما ارتآه ايرنج (وتابعه فى فرنسا سالى) من ادخال هذه الصورة ضمن فكرة عقد الضمان التى وضعها ايرنج ومؤداها أن كل عقد بين شخصين يكون مصحوبا باتفاق ضمنى تابع مؤداه تعويض الطرف الآخر فى حالة عدم صحة العقد الأصلى أو عدم استيفائه لجميع الشروط المطلوبة قانونا لنفاذه بحيث اذا كان العقد الأصلى باطلا أو لم ينفذ العقد الأصلى بسبب عدم استيفاء شروط صحته أو نفاذه التزم الطرف المتسبب فى ذلك بتعويض الطرف الآخر استنادا الى ما يسميه ايرنج الخطأ عند تكوين العقد .

والتعويض فى هذه الحالة قاصرا على « المصلحة السلبية » أى تعويض الطرف الآخر عن الفائدة التى كانت تعود عليه من عدم الدخول فى عقد غير نافذ ، وفرق بين هذا التعويض وبين التعويض عن عدم تنفيذ العقد من حيث مدى كل منهما (١) .

والمسئولية القائمة على فكرة الخطأ عند تكوين العقد أصلح للغير المتعاقد مع النائب من المسئولية التقصيرية لما سبقت الاشارة اليه من وجوب اثبات الخطأ فى الثانية مع تعذر نسبة الخطأ الى النائب فى كثير من الصور . ومع ذلك فان غالبية الفقه الفرنسى ما تزال على الرأى القائل بتأسيس مسئولية النائب على أساس الخطأ بالتطبيق للمادتين ١٣٨٢ و١٣٨٣ من القانون المدنى الفرنسى .

---

(١) أنظر فى المصلحة السلبية : السنهورى – نظرية العقد بند ٥٨٩ ص ٦٢٦–٦٢٨

غير أن فكرة الخطأ عند تكون العقد كأساس لمسئولية النائب فى هذه الصور قد لاقت قبولا فى التقنينات الحديثة حيث نرى المادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى تنص على أنه « اذا رفض الأصيل اجازة العقد صراحة أو ضمنا فان الشخص الذى اتخذ صفة النائب يصح أن ترفع عليه دعوى التعويض عن الضرر الناشىء من عدم صحة العقد ، الا اذا أثبت أن الطرف الآخر كان يعلم أو يفترض حتما أن يعلم عدم وجود الصفة .

وفى حالة وقوع خطأ من النائب يصح للقاضى أن يحكم بتعويض أكثر من ذلك اذا كانت تقتضيه العدالة . وتبقى لصاحب الشأن دعوى الاثراء بغير سبب فى جميع الأحوال » .

وظاهر من هذا النص أن التعويض المقابل للمصلحة السلبية غير مشروط بوقوع أى خطأ من النائب فان وقع منه هذا الخطأ جاز أن يتسع التعويض لأكثر من ذلك فيشمل كل الضرر الذى يعود على الغير من عدم تنفيذ العقد أما الفقرة الأخيرة فخاصة بالفرض الذى يكون الغير فيه قد نفذ التزامه بمقتضى العقد (بأن سلم المبيع مثلا) ويتعذر رده عيناً فيكون للغير أن يطالب النائب على أساس دعوى الاثراء .

كما أن المادة ١٣٩٨ من التقنين المدنى الايطالى الصادر سنة ١٩٤٢ تنص على أن الشخص الذى يتعاقد كنائب دون أن تكون له تلك الصفة أو يتجاوز حدود المكنة المخولة له ، مسئول عن الضرر الذى يصيب الغير المتعاقد معه بسبب اطمئنانه — بغير خطأ منه — الى صحة العقد .

ومؤدى هذا النص الزام النائب بتعويض « المصلحة السلبية » (١) . الا فى حالة علم الغير بانتفاء الصفة أو بتجاوز حدود الانابة أو فى حالة افتراض علمه بذلك حتما ، والحالة الأخيرة هى المقصودة بعبارة « بغير

---

(١) أنظر — ميسينيو ص ١٥٨ -Messineo, F. : "Dottrina generale del contratto" Milano 1948, p. 158.

خطأ منه » الواردة بصدد اطمئنان الغير الى صحة العقد الذى يجريه مع النائب ذلك أن الغير يفترض فيه حتما العلم بحقيقة سعة النيابة اذا كان جهله بها راجعا الى خطئه أى تقصيره فى تحرى الأمر الواقع .

وقد أخذ مشروع تنقيح القانون المدنى الفرنسى بنفس الحكم فى المادة ٢٨ فقرة ٤ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية وهى التى أصبحت المادة ٢٤ فقرة ٤ من المشروع الذى وافقت عليه اللجنة العامة لتنقيح فى جلستها المنعقدة فى ١١ يونيو سنة ١٩٤٨ ونصها « عند عدم الاقرار يلتزم الشخص الذى تصرف عن غيره بلا صفة أو خارج حدود المكنة المخولة اليه بأن يعوض الضرر الذى سببه لمن كانت له مصلحة فى نفاذ التصرف متى كان حسن النية »[1] .

٣٢ـ ويبدو أن المشروع الموحد يقيم مسئولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة على أساس فكرة الخطأ عند تكوين العقد بدليل الاشارة فى التقرير التفسيرى الى المادة ١٣٩٨ من القانون المدنى الايطالى والمادة ٣٩ من قانون الالتزامات السويسرى كمصدر للمشروع وعلى هذا فالمسئولية التى ترتبها المادة ١٤ من المشروع لا تحتاج الى اثبات الخطأ كما أن جزاءها هو التعويض عن المصلحة السلبية فقط . هذا ويلاحظ أن التقرير التفسيرى يتكلم عن خطأ النائب وفعله غير المشروع مما قد يوحى بأن المسئولية التى ترتبها المادة ١٤ هى مسئولية تقصيرية بحتة على ان الرجوع فى تفسير النص الى مصادره التشريعية فى القانون الايطالى والقانون السويسرى يكفى لرفع هذا اللبس ولاعتبار الاشارة فى التقرير التفسيرى الى خطأ النائب وفعله غير المشروع مجرد تجوز فى التعبير .

٣٣ـ وهناك فكرة أخرى أراد البعض أن يقيم على أساسها مسئولية النائب وهى فكرة التعهد عن الغير ، وتطبيقا لهذه الفكرة يعتبر النائب

(١) أنظر أعمال لجنة تنقيح القانون المدنى جـ ٣ (سنة ١٩٤٧/١٩٤٨) ص ٣٧ وص ٩٢ وص ٢٥٥

الذى يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته متعهدا للغير بأن يجعل الأصيل يلتزم بالعقد فاذا رفض الأصيل اجازة تصرف النائب التزم هذا الأخير بالتعويض كنتيجة لعدم تنفيذه التزامه الأصلى بعمل شيء (حمل الأصيل على الالتزام) وذلك تطبيقا لعموم القاعدة بشأن الالتزام بعمل وهى تحوله الى التزام بالتعويض عند عدم التنفيذ [1].

غير أنه يرد على هذه الفكرة اعتراض مرجعه الى الشك فى امكان حدوث التعهد عن الغير بشكل ضمنى اذ الأصل أن يكون ذلك التعهد صريحا [2] فاذا كان صريحا كنا أمام حالة من حالات الصورة الأولى التى أشرنا اليها فى بداية البحث وهى حالة علم الغير بتجاوز النائب حدود النيابة واذن فيخرج الأمر عن كونه حالة مسئولية ناشئة عن تجاوز حدود النيابة وتكون أمام حالة تعهد عن الغير تحكمها المادة ١٥٣ من القانون المدنى وهو وضع أصيل له أحكامه الخاصة به . أما اذا لم يكن التعهد عن الغير صريحا وكان المتعاقد مع النائب جاهلا تجاوز حدود النيابة فليس من السهل فى جميع الأحوال استنتاج التعهد عن الغير من الظروف ويستحسن لهذا ارساء مسئولية النائب قبل الغير على أساس آخر .

ومجمل القول أن التقنينات المختلفة تقر مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة متخذة أساسا لهذه المسئولية خطأ النائب تارة (القانون الفرنسى) ونظرية الخطأ فى التعاقد culpa in contrahendo تارة أخرى (القانونين الايطالى والسويسرى) والحكم الذى يترتب على تلك المسئولية هو التزام النائب بتعويض الغير عن الضرر الذى يصيبه على تفاوت فى نطاق هذا التعويض .

---

(١) أنظر حكم محكمة استئناف مصر فى ٢٢ مارس سنة ١٩٣٤ — المحاماة السنة ١٥ القسم الثانى رقم ١٣ ص ٢٢ . وانظر فى القضاء الفرنسى حكم محكمة استئناف ديجون فى ١٩ مايو سنة ١٩٣١ — دالوز الأسبوعى ١٩٣١—٤٠٥

(٢) أنظر رواست — دروس الدكتوراه ص ١٨

٣٤– على أن القانون المدنى الألمانى قد انفرد دون سائر التشريعات التى تناولناها فيما سلف بأحكام خاصة فى مسئولية النائب عن تجاوزه حدود النيابة وهى أحكام تستحق التفاتا خاصا لخروجها عن نطاق العرض المتقدم اذ هى تصل فى بعض صورها الى اعتبار النائب الذى يتعاقد بغير صفة أو يتجاوز حدود نيابته ملتزما بتنفيذ الالتزامات الناشئة عن العقد الذى أجراه مع الغير . وقد تابعت القانون الألمانى فى هذا الخصوص قلة من التشريعات كقانون التجارة النمساوى (م ٥٢) والقانون المدنى الأرجنتينى (م ١٩٣٥) .

وقد نظمت مسئولية النائب عن تجاوز حدود النيابة أو التعاقد بغير صفة المادة ١٧٩ من القانون المدنى الألمانى . ويمكن تبويب أحكام القانون الألمانى فى هذا الصدد كالآتى :

فأولا – فى حالة علم الغير بخروج النائب عن حدود الانابة أو بانعدام صفته لاتترتب على النائب أية مسئولية قبل هذا الغير وذلك لانعدام حكمة مثل هذه المسئولية فى تلك الظروف ، والقانون الألمانى يتفق فى هذا مع سائر التشريعات كما أنه يسوى مثلها بين حالة علم الغير فعلا وبين حالة افتراض علمه حتما أى حالة نشوء جهله عن خطأ منه كتقصيره فى تحرى الحقيقة مثلا .

وثانيا – حالة جهل الغير بخروج النائب عن حدود نيابته أو بانعدام صفته وفى هذه الحالة تتقرر مسئولية النائب ، وهنا يميز القانون الألمانى – وهو ينفرد بهذا التمييز – بين وضعين :

١ – علم النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه لحدود نيابته ؛ وفى هذا الفرض تكون مسئولية النائب فى أوسع مداها اذ يلزم اما بتنفيذ العقد واما بتعويض الضرر كاملا والخيار بين هذين الجزاءين متروك للغير المتعاقد مع النائب . وعلى هذا يكون التزام النائب (أو بالأحرى المتخذ

صفة النائب) فى هذه الحالة التزاما تخييريا مما نصت عليه المادة ٢٧٥ من القانون المدنى المصرى على أن الخيار فيه متروك للدائن (أى الغير المتعاقد) دون المدين .

وبهذا الحكم ينفرد القانون المدنى الألمانى عن سائر التشريعات، اذ ليس منها ما يصل بجزاء مسئولية النائب (أو المتخذ صفة النائب) الى حد الزامه هو بتنفيذ العقد[1].

على أن الغير المتعاقد متى استعمل خياره فليس له أن يرجع فيه ويترتب على ذلك أنه اذا اختار التعويض فان مقداره يحدد على أساس نفاذ العقد على الأصيل فيحدد مبلغ التعويض بالنسبة الى ما فات المتعاقد بسبب عدم قيام الأصيل بتنفيذ العقد . أما اذا اختار تنفيذ العقد بمعرفة النائب ثم نكل النائب عن القيام بهذا التنفيذ فان التعويض الذى يستحق فى هذه الحالة انما يتحدد بالنظر الى شخص النائب بحيث يكون مساويا للضرر الذى عاد على المتعاقد بسبب عدم قيام النائب (لا الأصيل) بتنفيذ العقد .

وجدير بالذكر هنا أن معيار تحقق المسئولية بهذا النطاق الواسع هو مجرد علم النائب بأنه يتجاوز حدود النيابة أو بأنه منعدم الصفة فى التعاقد باسم الأصيل ، ولا محل بعد هذا فى البحث عن حسن نية النائب أو سوء نيته فسيان أمام هذا الحكم النائب الذى يكون سيىء النية والنائب الذى يقدم بحسن نية على تجاوز حدود انابته مؤملا اجازة الأصيل .

٢ — جهل النائب بانعدام صفته أو بتجاوزه حدود نيابته . وفى هذا الفرض يكون جزاء مسئولية النائب قاصرا على تعويض المصلحة السلبية دون التعويض الكامل عن عدم التنفيذ ، وهذا تطبيق لنظرية أيبرنج التى سلفت الاشارة اليها ، وقد رأى واضعو القانون المدنى الألمانى بهذا

(١) وجدير بالذكر أن هذا الحكم ليس من مستحدثات التقنين الألمانى الصادر سنة ١٩٠٠ بل انه كان متضمنا فى المادة ٥٥ من قانون التجارة البروسى .

الحكم تخفيف مسئولية النائب الذى كان يجهل أنه تجاوز حدود نيابته أو أنه منعدم الصفة ، تمييزا له عن النائب الذى يقدم على التعاقد وهو عالم بأنه تجاوز حدود انابته أو بأنه لا صفة له أصلا .

وجماع أحكام القانون المدنى الألمانى فى هذا الصدد فى اعتبارين — علم الغير بالعيب الذى يشوب صفة النائب (سواء فى أصل وجودها أو فى نطاقها) ويترتب على هذا العلم انتفاء كل مسئولية على النائب . وعلم النائب بالعيب الذى يشوب صفته ؛ ويترتب على وجود هذا العنصر أو انتفائه اختلاف فى مدى مسئولية النائب وبالتالى فى تقدير التعويض [1] .

(٤)
أثر النيابة

٣٥— متى أبرم النائب فى حدود نيابته تصرفا قانونيا باسم الأصيل فان آثار ذلك التصرف تلتحق — بحكم النيابة — بالأصيل مباشرة فتنشغل ذمته بما ينتج عن ذلك التصرف من التزامات كما يضاف اليها ما ينشأ عنه من حقوق . وفى هذا الأثر تتجلى القيمة العملية لنظام النيابة — بمختلف تطبيقاته المتعددة فى القانون — فالنيابة تسمح للشخص بأن يجنى مباشرة النتائج الاقتصادية لتصرفات قانونية لم يبرمها هو وانما قام بها شخص آخر أحل ارادته محل ارادة صاحب الشأن اما برضاء هذا الأخير أو بحكم القانون .

وقد تناول المشروع الموحد أثر النيابة فى المادة العاشرة التى تقرر أنه :

« اذا أبرم النائب تصرفا باسم الأصيل فى حدود نيابته فان هذا التصرف ينتج آثاره كلها مباشرة فيما بين الأصيل والغير » .

---

(١) أنظر فى أحكام القانون المدنى الألمانى بخصوص مسئولية النائب : سالى — الترجمة الرسمية للقانون المدنى الألمانى ، التعليق على المادة ١٧٩ ص ٢٢٨ وما بعدها . وبوبسكو رامنسيانو ص ٤٨٨ وما بعدها .

وقد نص القانون المدنى المصرى على أثر النيابة فى المادة ١٠٥ بقوله « اذا أبرم النائب فى حدود نيابته عقدا باسم الأصيل فان ما ينشأ عن هذا العقد من حقوق والتزامات يضاف الى الأصيل » .

كما عقبت المادة ١٠٦ بقولها « اذا لم يعلن النائب وقت ابرام العقد أنه يتعاقد بصفته نائبا فان أثر العقد لا يضاف الى الأصيل دائنا أو مدينا إلا اذا كان من المفروض حتما أن من تعاقد معه النائب يعلم بوجود النيابة أو كان يستوى عنده أن يتعامل مع الأصيل أو النائب » .

وعلى هذا فتحقق أثر النيابة باضافة ماينشأ عن تصرف النائب من حقوق والتزامات الى الأصيل مباشرة رهن بعلم الغير المتعاقد مع النائب بوجود النيابة علما حقيقيا أو مفترضا [1] .

ورجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل مباشرة هو جوهر نظام النيابة فى القانون الحديث وهكذا نرى أنه « اذا كان شخص النائب هو الواجب الاعتداد به فيما يتعلق باتمام العقد فعلى النقيض من ذلك ينبغى أن يرجع الى شخص الأصيل وحده عند تعيين مصير آثاره فالأصيل دون النائب هو الذى يعتبر طرفا فى التعاقد واليه تنصرف جميع آثاره فيكسب مباشرة كل ما ينشأ عنه من حقوق ويقع على عاتقه كل ما يترتب من التزامات . ولعل هذا الأثر المباشر أهم ما أحرز القانون الحديث من تقدم فى شأن النيابة »[2] .

٣٦- وفقهاء الشريعة الاسلامية بمذاهبها المتعددة مجمعون على هذا الأثر المباشر للنيابة فعندهم أن تصرف النائب تقع آثاره مباشرة للأصيل وعليه ، على أن الفقهاء يفرقون فى آثار التصرف بين ما يسمونه حكم العقد

---

(١) أنظر فى شرط العلم بالنيابة كتابنا « النيابة فى التصرفات القانونية » ص ١٥٤-١٦١ وحكم محكمة القاهرة الابتدائية فى ٢٣ أبريل ١٩٥٦ المنشور فى مجلة كلية الحقوق بجامعة الاسكندرية — السنة السادسة ص ٢١٨ وما بعدها مع تعليق للمؤلف .

(٢) المذكرة الايضاحية على المادة ١٠٥ (المادة ١٥٨ من المشروع التمهيدى) .

وما يسمونه حقوقه والمراد بحكم العقد هنا الأثر المترتب على العقد الذى يثبت لكل من العاقدين قبل الآخر مثل ثبوت ملكية المبيع للمشترى ودخول الثمن فى ذمة البائع ،. والمقصود بحقوق العقد كل ما اتصل بتنفيذ حكم العقد والتمكين لكل من العاقدين مما أعطاه له العقد مثل تسلم المبيع وقبض الثمن والرد بخيار العيب وضمان رد الثمن اذا تبين أن البيع لم يكن ملكا للبائع الى غير ذلك .

فالمذاهب الأربعة مجمعة على ثبوت حكم العقد وحقوقه معا للأصيل دون النائب فى جميع الحالات التى يصرح فيها النائب بأنه انما يتعاقد بتلك الصفة أى حين يتم التعاقد « باسم الأصيل » ويتوفر العلم بالنيابة فى النائب والغير باصطلاح الفقه الحديث وهذا هو عين الحكم فى القوانين الحديثة .

وفى هذا المعنى نجد فى حاشية ابن عابدين[1] قوله :

« ولو أضاف (الوكيل) العقد الى الموكل تتعلق الحقوق بالموكل اتفاقا » .

ويقول صاحب « المغنى » :

« اذا اشترى الوكيل لموكله شيئا باذنه انتقل الملك من البائع الى الموكل ولم يدخل فى ملك الوكيل وبهذا قال الشافعى . . (لأنه) قبل عقدا لغيره صح له فوجب أن ينتقل الملك اليه كالأب والوصى وكما لو تزوج له . . ويتفرع عن هذا أن المسلم لو وكل ذميا فى شراء خمر أو خنزير فاشتراه له لم يصح الشراء . . واذا باع الوكيل بثمن معين ثبت الملك للموكل فى الثمن»[2] .

كما نقرأ فى « المدونة الكبرى » للامام مالك بن أنس :

« قلت أرأيت لو أنى اشتريت سلعة من رجل لفلان فأخبرته أنى انما اشتريتها لفلان ولست أشتريها لنفسى أيكون للبائع أن يتبع هذا المشترى بالثمن أم يتبع الذى اشترى له ؟ ... قال ـ ان لم

---

(١) ج ٤ ص ٤١٩

(٢) المغنى لابن قدامه وعليه الشرح الكبير — بمصر سنة ١٣٤٧ ج ٥ ص ٢٦٣—٢٦٤

يكن هذا المشترى قال للبائع أنى انما اشترى منك للذى أمرنى .
فأرى الثمن على هذا المشترى ... فان قال له النقد على الذى اشترى له
وليس لك على شيء فهذا لا يتبعه البائع بالنقد ويكون النقد للبائع على
الذى أمر هذا بالشراء . قلت : أتحفظه عن مالك ابن أنس قال :
هو قوله ، قلت : أرأيت القاضى اذا باع أموال اليتامى أو باع
مال رجل مفلس فى دين أو باع مال ميت وورثته غيب على من
العهدة ؟ قال : قال مالك فى الوصى أنه لا عهدة عليه فكذلك
القاضى لا عهدة عليه . قلت : فعلى من عهدة المشترى اذا باع
الوصى تركة الميت ؟ قال : فى مال اليتامى » [1] .

وقال فى حاشية الغرر البهية :

« لو اشترى بمال نفسه لغيره باذنه وقع الشراء للغير إن سماه
فى العقد » [2] .

وفى فتاوى الرملى نجد ما يلى .

« (سئل) رضى الله عنه عمن اشترى لولده الصغير بعين مال
نفسه وسمى الولد فى العقد هل ينعقد للولد أم لا (فأجاب) بأنه
اذا اشترى لولده الصغير مثلا وهو فى ولايته بعين مال نفسه وسمى
الولد فى العقد فان العقد يقع للولد لا لوالده » [3] .

أما الحالات التى لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد بتلك الصفة فحولها
خلاف بين الفقهاء الشرعيين وقبل أن نستعرض هذا الخلاف يهمنا أن نشير

---

(1) المدونة الكبرى — مصر سنة ١٣٢٣ ج ١٠ ص ١٨٦
وأنظر ص ١٨٥ « ان كان حين باعها قال انما أبيع لفلان فلا أرى على المأمور شيئا والعهدة على الآمر » .

(2) ج ٣ ص ١٨٩ . وانظر منهاج الطالبين ج ٢ ص ٦٥ حيث يصرح بوقوع آثار العقد للوكيل اذا لم يسم الموكل أى اذا لم يكن التعاقد باسم الأصيل . ومفهوم المخالفة من هذه العبارة وقوع الآثار للأصيل كلما حصل التعاقد باسمه .

(3) على هامش الفتاوى الفقهية الكبرى لابن حجر ج ٢ ص ٢٠٩

مرة أخرى الى أنه لا يتعلق بالنيابة كما تعرفها القوانين الحديثة لانتفاء التصرف باسم الأصيل فى هذه الحالات وانما يتعلق هذا الخلاف بصور لا تعتبر داخلة فى نطاق النيابة بمدلولها الحديث اذ ترجع كلها الى حالات وكالة لا نيابة فيها (١) .

(١) قارن ما نقوله هنا عن أثر النيابة فى الشريعة الاسلامية ومسألة حكم العقد وحقوقه بما قاله عنها الأساتذة : السنهورى - نظرية العقد - حاشية بند ٢٠١ ص ٢٠٩-٢١٠ ، وأحمد ابراهيم - أحكام التصرف عن الغير - القاهرة ١٩٤١ ص ٢٠٢-٢٠٨ ، ومحمد أبو زهره - الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الاسلامية - بند ٢١٠ ص ٣٣٤-٣٣٩ ، وشفيق شحاته - نظرية النيابة فى القانون الرومانى والشريعة الاسلامية - فى "مجلة العلوم القانونية والاقتصادية" التى تصدرها كلية الحقوق بجامعة عين شمس - السنة الأولى (١٩٥٩) ص ٣٠٥ - ٣٦٢ . وقد اقتصر بحث الأستاذ الدكتور شحاته على المذهب الحنفى كما أن النصوص العديدة التى أوردها فى استعراضه أحكام النيابة فى مختلف العقود تكاد كلها تخص الصور التى يتعاقد فيها الوكيل باسم نفسه - أى ينتفى فيها شرط التعاقد باسم الأصيل وبالتالى تنتفى النيابة بمفهومها الحديث - ويبدو أن هذا هو السبب فى أن المؤلف حين انتقل فى ختام البحث من الاستقراء الى الاستنتاج أشار الى ما سماه «مبدأ اللانيابة» «وظاهرة اللانيابة فى التشريع الاسلامى» (ص ٣٥٩) ، كما أشار الى الوسائل الفقهية التى يرى ان فقهاء الحنفية تذرعوا بها لادخال فكرة النيابة فى مختلف العقود حتى «انتهوا الى تقبل رجوع حقوق العقد كلها الى الأصيل لمجرد اضافة العقد اليه» . والواقع أنه بغير اضافة العقد الى الأصيل (أى بغير التعاقد باسم الأصيل) لا تكون لدينا نيابة ليس فقط فى الفقه الحنفى بل كذلك فى القوانين الحديثة . واذن فلا مبرر للقول بأن القاعدة فى الفقه الحنفى هى «مبدأ اللانيابة» وان اقرار الأثر المباشر للنيابة جاء عن طريق حيل شرعية ووسائل فقهية ، بل ان الأثر المباشر للنيابة مقرر لدى الحنفية كمبدأ عام - وبغير التجاء الى ما فى جعبة الصنعة الفقهية من وسائل وحيل - فى كل الصور التى تقر فيها القوانين الحديثة ذلك الأثر المباشر . وعلى ذلك فاذا صح ما يقوله المؤلف من أن «الفقه الحنفى قد أخذ بمبدأ النيابة بحذر» (ص ٣٦٢) فانما يصح ذلك بالقياس الى المذاهب الاسلامية الأخرى وخاصة المالكية والحنابلة لا على الاطلاق أو بالقياس الى القوانين الحديثة . ونحن قد اتضح لنا فيما تقدم - وسيزداد وضوحا من بعد - أن المذهب الحنفى إن يكن أضيق المذاهب الاسلامية فى اقرار الأثر المباشر للنيابة ، الا أنه يقر ذلك الأثر المباشر كقاعدة عامة فى كل الصور التى يتم فيها التعاقد باسم الأصيل فيطابق بذلك حكم القوانين الحديثة ذات الأصل اللاتينى أو الجرمانى ، ثم أنه يجاوزها بالنسبة لأهم آثار العقد وهو ما يسمونه حكم العقد فيوقعه فى ذمة الأصيل - كقاعدة عامة أيضا - حتى فى الحالات التى لا يتم فيها التعاقد باسم الأصيل وذلك فى الطائفة من العقود التى تقبل ذلك بطبيعتها وبغير مساس بما ينبغى أن يتوفر للغير المتعامل مع النائب من ثقة واطمئنان . أما المذاهب الاسلامية الأخرى فقد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى أبعد من ذلك فاقتربت كثيرا من أحكام القانون الأنجلو - أمريكى على التفصيل الذى سنراه .

يقول الحنفية ان حقوق العقد فى الحالات التى لا يصرح فيها النائب بأنه يتعاقد باسم الأصيل ترجع الى النائب بينما يثبت حكم العقد (كالملك مثلا) للأصيل وفى هذا نجد فى تكملة شرح فتح القدير (جـ ٦ ص ١٦ — ١٩) قوله :

" العقد الذى يعقده الوكلاء على ضربين (الأول) كل عقد يضيفه الوكيل الى نفسه أى تصح اضافته الى نفسه ويستغنى عن اضافته الى الموكل كالبيع والاجارة فحقوقه تتعلق بالوكيل دون الموكل . وقال الشافعى رحمه الله تتعلق بالموكل وبه قال مالك واحمد لأن الحقوق تابعة لحكم التصرف والحكم وهو الملك يتعلق بالموكل فكذا توابعه . ولنا أن الوكيل هو العاقد حقيقة لأن العقد يقوم بالكلام وصحة عبارته بكونه آدميا له أهلية الايجاب والاستيجاب لا بكونه وكيلا فكان العقد الواقع منه ولغيره سواء . وفى الكافى فقضيته تستدعى أن يكون الحاصل بالتصرف واقعا له غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم جعلناه نائبا فى حق الحكم وراعينا الأصل فى الحقوق . ولهذا قال : يسلم الوكيل المبيع ويقبض الثمن ويطالب بالثمن اذا اشترى ويقبض المبيع ويخاصم فى العيب ويخاصم فيه لأن كل ذلك من الحقوق والملك يثبت للموكل خلافة عنه أى عن الوكيل . وتحقيق المسالة أن لتصرف الوكيل جهتين جهة حصوله بعبارته وجهة نيابته وإعمالهما ولو بوجه أولى من اهمال أحدهما فلو أثبتنا الملك والحقوق للوكيل على ما هو مقتضى القياس لحصولها بعبارته وأهليته بطل توكيل الموكل ولو أثبتناها للموكل بطل عبارة الوكيل فأثبتنا الملك للموكل لأنه الغرض من التوكيل ، فتعين الحقوق للوكيل . و (الضرب الثانى) كل عقد يضيفه الوكيل الى موكله . فان حقوقه تتعلق بالموكل دون الوكيل " .

وورد مثل ذلك فى « بدائع الصنائع » للكاسانى جـ ٦ ص ٣٣ — ٣٤ .

وهكذا ينسب الحنفية فى كتبهم الى الشافعى ومالك واحمد بن حنبل رأيا واحداً فى هذا الصدد يغاير رأى الحنفية فهؤلاء يرون أن حقوق العقد

الذى لا يضيفه الوكيل الى موكله ترجع الى الوكيل وينسبون الى الشافعى ومالك واحمد ارجاع حقوق العقد حتى فى تلك الصورة الى الموكل دون الوكيل .

على أن الاطلاع على كتب الشافعية يتضح منه أن القول الذى ينسبه اليهم الحنفية ليس الا قولا مرجوحا عندهم (نهاية المحتاج جـ٤ ص ٣٨) وأما الرأى الذى عليه المعول فى المذهب الشافعى فهو أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل ترجع الى الوكيل دون الموكل اذ نجد فى مختصر المزنى صاحب الشافعى — وهو من أقدم كتب المذهب — قوله :

"ولو وكله بشراء سلعة فأصاب بها عيبا كان له الرد بالعيب وليس عليه أن يحلف : ما رضى به الآمر . وكذلك المقارض وهو قول الشافعى ومعناه . (قال) وللوكيل والمقارض أن يردا ما اشتريا بالعيب وليس للبائع أن يحلفهما : ما رضى رب المال "[1]

كما نجد فى متن البهجة الوردية :

وحكم عقد بالوكيل يشكل وهو بعزل واحد ينعزل

ويقول صاحب « الغرر البهية » فى شرح صدر هذا البيت من أرجوزة ابن الوردى :

"(يشكل) بالبناء للمفعول من شكلت الكتاب اذا قيدته بالاعراب أى واحكام العقد [2] من رؤية وتفرق وشرط خيار وغيرها تقيد وتعلق بالوكيل دون الموكل لأنه العاقد حقيقة وله أن يفسخ بخيار المجلس وإن أجاز الموكل ".

---

(١) على هامش كتاب الأم ج ٣ ص ٩–١٠

(٢) المقصود بأحكام العقد هنا — كما هو ظاهر — ما يطلق الحنفية عليه اصطلاح « حقوق العقد » .

هذا عن حقوق العقد أما عن حكمه حتى فى حالة عدم اضافة العقد الى الموكل فان « الملك فيما يشتريه الوكيل لا يثبت له أولا ثم ينتقل لموكله بل يثبت لموكله ابتداء على الأصح كما فى شراء الأب لطفله ولأنه لو ثبت له ابتداء عتق عليه أبوه اذا اشتراه لموكله»[1] .

كما نجد فى « تحفة الحبيب » (ج ٣ ص ١٢٦) قوله :

"أحكام [2] عقد الوكيل كرؤية المبيع ومفارقة مجلس وتقابض فيه تتعلق به لا بالموكل لأنه العاقد حقيقة وللبائع مطالبة الوكيل كالموكل بثمن إن قبضه من الموكل سواء اشترى بعينه أم فى الذمة فان لم يقبضه منه لم يطالبه إن كان الثمن معينا لأنه ليس بيده وإن كان فى الذمة طالبه به ان لم يعترف بوكالته بأن أنكرها أو قال لا أعرفها فان اعترف بها طالب كلا منهما به والوكيل كضامن والموكل كأصيل " .

وفى منهاج الطالبين (ج ٢ ص ٦١) :

"الوكيل بالبيع له قبض الثمن وتسليم المبيع ولا يسلمه حتى يقبض الثمن فان خالف ضمن " ...

وفى المنهاج أيضا (ص ٦٦ — ٦٧) :

"واذا قبض الوكيل بالبيع الثمن وتلف فى يده وخرج المبيع مستحقا رجع عليه المشترى وان اعترف بوكالته فى الأصح ثم يرجع الوكيل على الموكل . قلت وللمشترى الرجوع على الموكل ابتداء فى الأصح والله أعلم" .

---

(١) « الغرر البهية » ج ٣ ص ١٩١ — وفى العبارة الأخيرة الخاصة بحكم العقد وجه خلاف بين الشافعية وبين الحنفية الذين يقولون فى هذه الصورة بثبوت الملك للموكل بالخلافة عن الوكيل — قارن ما نقلناه آنفا عن شرح فتح القدير .

(٢) راجع هامش ٢ من الصفحة السابقة .

ويقول الشيرازى فى « المهذب » (ج ١ ص ٣٥٣ — ٣٥٤) :

« فان وكله فى الشراء ولم يدفع اليه الثمن فاشتراه ففى الثمن ثلاثة أوجه أحدها أنه على الموكل ، والوكيل ضامن ، لأن المبيع للموكل فكان الثمن عليه والوكيل تولى العقد والتزم الثمن فضمنه . فعلى هذا يجوز للبائع أن يطالب الوكيل والموكل ، لأن أحدهما ضامن والآخر مضمون عنه . فان وزن الوكيل الثمن رجع على الموكل وان وزن الموكل لم يرجع على الوكيل ، و(الثانى) أن الثمن على الوكيل دون الموكل ، لأن الذى التزم هو الوكيل فكان الثمن عليه . فعلى هذا يجوز للبائع مطالبة الوكيل لأن الثمن عليه . ولا يجوز مطالبة الموكل لأنه لا شىء عليه . فان وزن الوكيل رجع على الموكل لأنه التزم باذنه وان لم يزن لم يرجع كما نقول فيمن أحال بدين عليه على رجل لا دين له عليه اذا وزن رجع واذا لم يزن لم يرجع ، وإن أبرأ البائع الوكيل سقط الثمن وحصلت السلعة للموكل من غير ثمن . و (الثالث) أن الثمن على الوكيل ، وللوكيل فى ذمة الموكل مثل الثمن ، فيجوز للبائع مطالبة الوكيل دون الموكل ، وللوكيل مطالبة الموكل بالثمن وان لم يطالبه البائع» .

وأخيرا نجد فى « نهاية المحتاج الى شرح المنهاج » (ج ٤ ص ٣٧) :

"وأحكام العقد تتعلق بالوكيل دون الموكل فيعتبر فى الرؤية ولزوم العقد بمفارقة المجلس والتقابض فى المجلس حيث يشترط كالربوى والسلم الوكيل لأنه العاقد دون الموكل فله الفسخ بخيارى المجلس والشرط وان أجاز الموكل بخلاف خيار العيب (اذ) لا رد للوكيل اذا رضى الموكل لأنه لرفع الضرر عن المالك وليس منوطا باسم المتعاقدين كما نيط به فى الفسخ بخيار المجلس بخبر « البيعان بالخيار ما لم يتفرقا » وبخيار الشرط بالقياس على خيار المجلس . واذا اشترى الوكيل طالبه البائع بالثمن ان كان دفعه اليه الموكل للعرف سواء اشترى بعينه أم فى الذمة ولتعلق احكام العقد

بالوكيل ، وله مطالبة الموكل أيضا على المذهب ... ... وان كان الثمن فى الذمة طالبه به دون الموكل ان أنكر وكالته أو قال لا أعلمها لأن الظاهر أنه يشترى لنفسه وأن العقد وقع معه . وان اعترف بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح . كما يطالب الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل لأنه المالك " .

وفى العبارة الأخيرة الدليل البين على أن هذا البحث كله يقتصر على الحالات التى يباشر فيها الوكيل العقد باسمه لا باسم الموكل أى الحالات التى تنتفى فيها النيابة بالاصطلاح الحديث وذلك لأن انكار البائع المتعامل مع الوكيل لوكالته أو قوله لا أعرفها لا يتصور الا فى حالة تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم موكله وهنا فقط يصح القول بأن « الظاهر أنه يشترى لنفسه » ففى هذه الصورة اذا انكشفت شخصية الموكل للبائع فيما بعد كان له — عند الشافعية — الخيار بين مطالبة الموكل وبين مطالبة الوكيل وعدم الاعتداد بصفته تلك التى لم تكن معروفة له وقت التعاقد .

٣٧ — وخلاصة استعراض أقوال الشافعية فى كتبهم أن القول الذى ينسبه اليهم الحنفية ليس هو المعول عليه فى المذهب بل ان الشافعية يوافقون الحنفية فى أن حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل تكون للوكيل دون الموكل[1].

---

(١) وقد استخلص من كتب الشافعية فى هذه المسألة عين الذى استخلصناه هنا كل من الدكتور محمد يوسف موسى : « الفقه الاسلامى ، مدخل لدراسته ونظام المعاملات فيه » — القاهرة ١٩٥٤ بند ٥٦١ ص ٣٨٧ ، والأستاذ محمد مصطفى شلبى : « نظام المعاملات فى الفقه الاسلامى » — الاسكندرية ١٩٥٥ — ص ٣٤٥—٣٤٦ . وذهب الى العكس — أى الى معارضة المذهب الشافعى فى هذه النقطة بالمذهب الحنفى ، السنهورى : « مصادر الحق » ج ٥ ص ٢٨٨—٢٨٩ ، وأحمد ابراهيم : « أحكام التصرف عن الغير » ص ٢٠٦ ، وأبو زهره : « الملكية ونظرية العقد » بند ٢١٠—٢١١ .

والواقع ان اختلاف فهم الفقهاء المحدثين عن الشافعية وكذا نقل الحنفية عنهم ما لا نجد له سندا فى كتب الشافعية التى بين أيدينا قد يكون مرجعه أن للشافعى مذهبين : قديم عراقى وجديد مصرى =

وعلى ذلك ينفرد بالخلاف فى هذه النقطة المالكية والحنابلة فعندهم أن حقوق العقد شأنها شأن حكم العقد ترجع كلها الى الموكل سواء سماه الوكيل أو لم يسمه أى سواء أضاف الوكيل العقد الى نفسه أم الى موكله ، وفى هذا يقول ابن قدامة فى « المغنى » (جـ ٥ ص ٢٦٤) :

« ولا نسلم أن حقوق العقد تتعلق به وانما تتعلق بالموكل وهى تسليم الثمن وقبض المبيع والرد بالعيب وضمان الدرك فأما ثمن مااشتراه اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن » .

وكذلك نجد فى « كشاف القناع » (جـ ٢ ص ٢٣٨) :

« (وحقوق العقد) كتسليم الثمن وقبض المبيع وضمان الدرك والرد بالعيب ونحوه (متعلقة بالموكل لأن الملك ينتقل اليه) أى الموكل (ابتداء ولا يدخل) المبيع (فى ملك الوكيل) .. (ولا يطالب) الوكيل (فى الشراء بالثمن ولا) يطالب الوكيل (فى البيع بتسليم المبيع بل يطالب بهما الموكل) لأن حقوق العقد متعلقة به وفى المغنى والشرح إن اشترى وكيل فى شراء فى الذمة فكضامن وقال المجد وابن نصر الله وقال الشيخ تقى الدين فيمن وكل فى بيع أو شراء أو استئجار فان لم يسم موكله فى العقد فضامن والا فروايتان وظاهر المذهب يضمنه فيحمل كلام المصنف على الثمن المعين . . (ويرد الموكل) المبيع (بعيب) أو تدليس أو غبن ونحوه (ويضمن) الموكل (العهدة) اذا ظهر المبيع أو الثمن مستحقا أو معيبا (ونحو ذلك) من سائر ما يتعلق بالعقد لما تقدم من أن حقوق العقد متعلقة به دون الوكيل » [1] .

= وفقهاء الحنفية كانوا ولا شك أقرب الى مصادر مذهبه القديم فى بغداد . هذا الى أن المذهب الشافعى يتميز بكثرة الأقوال فيه واختلافها لأسباب منها رجوع صاحب المذهب فى جديده عن كثير مما كان قد قال به فى قديمه ، ومنها كذلك انتشار أصحاب الشافعى فى أطراف العالم الاسلامى مما استتبع اختلاف الأقوال بتأثير البيئة والعرف . أنظر فى هذا : أبو زهره « الشافعى » بند ١١٦—١٢٠ و٢٣٢—٢٣٥

(١) ونفس المعنى فى « شرح المنتهى » (على هامش المرجع السابق) ص ١٧٨—١٧٩

ومهما يكن من أمر فقد تبين من كل ما تقدم أن حكم مختلف مذاهب الشريعة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى ايقاع آثار التصرف فى ذمة الأصيل لا النائب وذلك فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع العقود التى تبرم باسم الأصيل ويكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه .

أما الخلاف فيما وراء ذلك وهو الخلاف المبنى على التفرقة بين حكم العقد وحقوقه فهو متصل بحالات تخرج عن نطاق النيابة حسب ما اصطلح عليه الفقه الحديث لأنها حالات ينتفى فيها العلم بالنيابة ومثل هذه الحالات لا ترجع فيها القوانين الحديثة آثار التصرف الى الأصيل .

٣٨- على أنه ينبغى التنويه بأن رجوع حكم العقد الى الموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة لا يسرى على جميع أنواع العقود اذ يشترط الفقهاء لامكان رجوع الحكم الى الموكل الذى لم يضف اليه العقد أن يكون ذلك العقد مما تصح اضافته الى الوكيل ويستغنى عن اضافته الى الموكل وهذه الطائفة من العقود هى طائفة عقود المعاوضات المالية التى تنعقد بالقول فخرج بذلك عقد النكاح وتوابعه والهبة والقرض والاعارة ونحوها فهذه الأخيرة لا تنطبق عليها قاعدة رجوع حكم العقد الى الموكل رغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه بل لابد لرجوع الحكم الى الموكل من اضافة العقد اليه صراحة والا وقع حكم العقد للوكيل . وقالوا فى تبرير ذلك إن تلك العقود الخارجة عن قاعدة رجوع الحكم الى الموكل دون الوكيل المتعاقد باسم نفسه قسمان : (١) عقود لا تتراخى أسبابها عن أحكامها أى لا يدخلها خيار الشرط كالنكاح والخلع وما اليها من طلاق وعتاق و (٢) عقود لا تتم الا بالقبض كالهبة والقرض والاعارة ونحوها فالقبض وهو عنصر متمم للعقد لا يصح أن يقع من الوكيل باسمه شخصيا ثم يضاف الحكم الى الموكل بل لابد من اضافة العقد الى الموكل والا وقع للوكيل واعتبر الوكيل متعاقدا لحساب نفسه خارجا عن الوكالة .

وبامعان النظر فى هاتين الطائفتين من العقود — ومع عدم الوقوف عند المبررات التى يوردها الشرعيون للتفرقة بينهما — نجد أن الطائفة الأولى هى مما لا يعتد فيه عادة بشخصية المتعاقد لكونها من عقود المعاوضات المالية كالبيع والاجارة والبدل وما اليها . أما الطائفة الثانية بقسميها فهى عقود يكون للاعتبار الشخصى فيها المقام الأول كالزواج والهبة والقرض الخ ... وعلى هذا فقاعدة رجوع حكم العقد للموكل دون الوكيل رغم عدم التصريح بالوكالة فى عقود الطائفة الأولى هى فى الواقع توسيع من نطاق الأثر المباشر للنيابة اذ ترجع الشريعة حكم العقد الى الأصيل رغم عدم انعقاد العقد باسمه وذلك لكون المتعاقد مع الوكيل لا يهتم بشخص الطرف الآخر فى العقد ولذا فلم تجد الشريعة بأسا من تحقيق المقصود من النيابة بايقاع حكم العقد فى ذمة الأصيل رأسا رغم عدم انعقاد العقد باسمه [1] .

ولا تخلو كتب فقهاء الشريعة من الماع الى هذا المعنى اذ نجد فى حاشية الغرر البهية (جـ ٣ ص ١٩٠) قوله : « ولو قال بعتك فقال قبلت لموكلى صح على المعتمد وإن نوى البائع الوكيل وتلغو هذه النية لأنها معاوضة المقصود منها العوض فلا تضر مخالفة نية الموجب لما قبله القابل بخلاف الهبة . فان نويا معا (فى الهبة) الموكل أو صرحا به أو نواه أحدهما وصرح به الآخر وقع . له وإن اطلق الواهب مثلا وصرح الوكيل بالموكل أو نواه بطل العقد أى لعدم موافقة القبول للايجاب بخلاف البيع » .

---

(١) قارن المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى التى تنص فى ختامها على رجوع آثار العقد للأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة متى كان يستوى لدى الغير أن يتعامل مع الأصيل أو النائب . على أن بين أحكام الشريعة وبين حكم القانون المدنى المصرى فى المادة ١٠٦ فروقا أهمها :

(ا) ان تقرير ما اذا كان يستوى لدى الغير أن يتعاقد مع الأصيل أو النائب — وبالتالى رجوع آثار العقد الى الأصيل طبقا للمادة ١٠٦ — مسألة تقديرية متروكة للقاضى حسب ظروف كل حالة . بينما الحكم الشرعى يضع قاعدة عامة لا مجال فى تطبيقها لسلطة القاضى التقديرية .

(ب) ان معيار المصلحة التى تكون للغير فى التعاقد مع الأصيل أو مع النائب هو معيار شخصى ينظر فيه الى أشخاص ذوى الشأن بالذات فى كل حالة بذاتها ، أما معيار القاعدة الشرعية فهو معيار موضوعى بحت المرجع فيه الى نوع العقد الذى تولاه النائب .

وهكذا تخلص لنا من استقصاء قواعد النيابة فى الشريعة الاسلامية ومقارنتها بمثيلاتها فىالقوانين الحديثة نتيجة هامة هى أن دائرة الأثر المباشر للنيابة أوسع فى الشريعة منها فى القوانين الحديثة اذ ترجع الشريعة الغراء آثار العقد الى الأصيل فى حالات لا يتم فيها ذلك طبقا للقوانين الحديثة اذ هذه الحالات هى من قبيل مايسمى فى الاصطلاح الحديث بالاسم المستعار لأن النائب فيها يتعاقد باسمه هو لا باسم الأصيل ولذا تلحقه هو آثار العقد دون الأصيل . وفى اتساع نطاق الأثر المباشر للنيابة فى الشريعة عنه فى القوانين الحديثة تفصيل على الوجه الآتى :

١ – فالمذاهب الأربعة مجمعة على رجوع حكم العقد – وهو أهم آثاره – الى الأصيل رغم عدم التصريح بالنيابة وذلك فى تلك الطائفة من العقود التى يستغنى عن اضافتها الى الموكل وهى كما قلنا عقود المعاوضات المالية التى تنعقد بالقول .

٢ – والحنابلة ومعهم المالكية (١) – وكذلك القول المنسوب الى الشافعى فى كتب الحنفية – يذهبون الى أبعد من ذلك فيرجعون سائر آثار العقد – وهى المسماة بحقوق العقد – الى الأصيل كذلك باعتبارها من توابع الحكم بمعنى أنها آثار ثانوية للعقد ترجع الى الأصيل تبعا لرجوع الأثر الرئيسى للعقد – أى حكم العقد – اليه على ما سلف شرحه .

ويلاحظ أن رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه انما يتجلى فى مطالبة الموكل للغير الذى تعاقد معه الوكيل أكثر من تجليه

---

(١) تقدمت الاشارة الى كتب الحنابلة ، أما عن المالكية فنجد « فى المدونة الكبرى » ج ١٠ ص ٨٣–٨٤ ما يلى :

" (قلت) أرأيت ان وكلت وكيلا أن يسلم لى فى طعام أو يبتاع لى سلعة بعينها ففعل ولم يذكر عند عقده الشراء للبائع أنه انما يبتاع لغيره – وقد شهد الشهود عليه أنه أقر بأنه انما ابتاع لى أو شهد الشهود عليه حين أمرته بذلك – لمن تكون العهدة هاهنا أللوكيل على البائع أم للآمر (قال) لا . ولكنها للآمر على البائع .. وقال أشهب السلعة بعينها أو غير عينها العهدة على البائع للآمر .. (قلت) وكذلك لو وكل وكيلا يبيع له سلعة فباعها لم يكن له أن يقبل ولا يضع من ثمنها شيئا .. (قال) نعم .. (قلت) وهذا قول مالك .. (قال) نعم " .

فى مطالبة ذلك الغير للموكل فحيثما وجدنا أن للأصيل أن يطالب الغير بما يرتبه له العقد من حقوق برغم اضافة الوكيل العقد الى نفسه لا الى الموكل جاز لنا أن نقول ان حقوق العقد ترجع الى الأصيل أما حيث يتعلق الأمر بمطالبة الغير بحقوقه الناشئة عن العقد فلا دلالة للنص على امكان مطالبته الوكيل بتلك الحقوق على رجوعها الى الوكيل دون الموكل وذلك لأن الغير فى هذه الصورة التى تعنينا بالذات (صورة عدم اضافة العقد الى الموكل) قد لا يعرف الا الوكيل الذى تعاقد معه دون الموكل ، ومن ثم نرى أن تقدير ما اذا كانت حقوق العقد تتعلق بالموكل أو بالوكيل انما يكون — ابتداء والى أن ينكشف للغير وجود الوكالة — من زاوية الحقوق التى للموكل قبل الغير لا من زاوية الحقوق التى للغير قبل الموكل .

ولتوضيح ذلك نأخذ مثال الرد بالعيب فى عقد البيع الذى يعقده وكيل المشترى دون اضافته الى الموكل فنجد أنه عند المالكية لا رد الا للموكل واذا رد الوكيل « فالآمر بالخيار فيما فعل المأمور من الرد ان شاء أجاز رده وان شاء نقضه وارتجع السلعة الى نفسه ان كانت قائمة وان كانت قد فاتت فله أن يضمن المأمور لأنه المتعدى فى الرد لسلعة قد وجبت للآمر» (المدونة الكبرى ج ١٠ ص ٨٣) وكذلك الحكم عند الحنابلة حيث « لموكل أن يرد بعيب ما اشتراه له وكيله لأنه حق له فملك الطلب به كسائر حقوقه » (شرح المنتهى ج ٢ ص ١٧٨) . أما عند الحنفية فالحكم على النقيض اذ لا مطالبة للموكل قبل الطرف الآخر الا اذا وكله الوكيل فى تلك المطالبة « لأن الآمر فى حقوق العقد كأجنبي آخر » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٢) « واذا وجد الوكيل (بالشراء) فى العبد عيبا فله أن يرده ولا يستأمر فيه لأن الرد بالعيب من حقوق العقد وهو مستبد بما هو من حقوق العقد » (المبسوط ج ١٩ ص ٥٨) . فقارن بين وكيل ليس له أن يرد بالعيب واذا رد بالعيب يعتبر متعديا ويحق للموكل أن يلزمه التعويض وبين وكيل هو المستبد بكل حقوق العقد وله أن يرد بالعيب دون الرجوع الى موكله بل ان ذلك الموكل ليس له أن يستعمل حقوق العقد الا أن تصدر له من وكيله نفسه وكالة فى ذلك ، فمن هذه المقارنة يبين بوضوح أن المالكية والحنابلة فى جانب

وأن الحنفية فى الجانب الآخر فالأولون يجعلون حقوق العقد الذى لا يضاف الى الموكل راجعة الى هذا الأخير فيوجدون بذلك علاقة قانونية مباشرة بين الموكل وبين الغير الذى تعاقد معه الوكيل والآخرون يرجعون حقوق مثل ذلك العقد الى الوكيل دون الموكل فتنتفى بذلك العلاقة المباشرة بين الموكل وبين الغير .

وبناء على ما تقدم فان العبارات التى ترد فى كتب المالكية مفيدة أن للغير أن يرجع على الوكيل غير كافية فى الدلالة على أن حقوق العقد عند المالكية تتعلق بالوكيل اذ أن الدلالة الحقيقية فى هذا الصدد هى — كما قلنا — لرجوع الموكل على الغير لا لرجوع الغير على الوكيل الذى قد لا يعرف الغير سواه ، وقد اتضح بجلاء فى مسألة الرد بالعيب الفرق بين قول المالكية وقول الحنفية فى هذا الصدد .

هذا وقد استخلص الأستاذ السنهورى من مذهب مالك عين الذى استخلصناه هنا وقرن بينه وبين المذهب الحنبلى فى رجوع حقوق العقد الى الموكل برغم عدم اضافة العقد اليه («مصادر الحق» جـ ٥ ص ٢٤٧) ولكنه عاد فى المرجع نفسه (ص ٢٨٤) فقرر أن حقوق العقد فى المذهب المالكى تتعلق بالوكيل ،ونرى للأسباب المتقدمة أن الذى فى الموضع الأول هو الأرجح.

وعلى ذلك فتنشأ بموجب قواعد الشريعة الغراء فى طائفة معينة من العقود علاقة قانونية مباشرة بين الأصيل وبين الغير الذى تعاقد معه النائب رغم عدم تصريح النائب بنيابته أى رغم عدم انعقاد العقد باسم الأصيل وهو ما لا يتحقق — بهذا الاطلاق والعموم — طبقا للقوانين الحديثة واذن فالشريعة قد ذهبت بالأثر المباشر للنيابة الى مدى أبعد مما وصلت اليه القوانين الحديثة حتى الآن ، على أن القانون الأنجلو — أمريكى يتضمن نظاما يسمى بنظام «الأصيل المستتر» undisclosed principal تشبه قواعده الى حد بعيد قواعد الشريعة فى هذه الناحية .

فمن المقرر فى القانون الأنجلو — أمريكى أن النائب اذا تعاقد مع الغير باسمه هو دون أن يكشف عن نيابته أصلا ثم انكشف للغير وجود النيابة

وعرفت شخصية الأصيل كان له أن يرجع بتنفيذ الالتزامات التعاقدية إما على النائب الذى تعاقد معه وإما على الأصيل الذى كان مجهولا له عند التعاقد فيكون له بذلك مدينان يرجع على أيهما شاء وهو ما يسمونه بالمديونية البدلية alternative liability وكذلك الأصيل له أن يرجع بتنفيذ العقد على الغير المتعاقد مع النائب مباشرة بلا حاجة الى توسيط النائب على أن هذا الغير يكون له فى هذه الحالة الحق فى دفع دعوى الأصيل بكافة الدفوع التى كانت له قبل النائب بما فيها المقاصة . وخيار الغير المتعامل مع النائب فى هذا النظام يستنفد باستعماله مرة واحدة بمعنى أنه ليس لهذا الغير أن يرجع على النائب بعد أن يكون قد اختار الرجوع على الأصيل وبالعكس(١) والشبه بين نظام الأصيل المستتر فى القانون الأنجلو — أمريكى وبين قواعد الشريعة الاسلامية فى آثار النيابة متوفر من أكثر من وجه :

١ — فثمة تلك العلاقة المباشرة التى تنشأ بين الأصيل وبين الغير المتعاقد مع النائب رغم الجهل بالنيابة وقت ابرام العقد أى أن الأثر المباشر للنيابة يترتب فى النظامين فى صورة ينعدم فيها ذلك الأثر المباشر فى سائر القوانين الحديثة .

٢ — وأيضا فالخيار المقرر للغير فى القانون الأنجلو — أمريكى فى الرجوع على النائب أو على الأصيل مقرر له كذلك فى الشريعة الاسلامية اذ نقرأ فى « تحفة الحبيب » (جـ ٣ ص ١٢٦) مايلى :

« فان اعترف (الغير الذى باع للوكيل) بها (أى بالوكالة) طالب كلا منهما به (أى بالثمن) والوكيل كضامن والموكل كأصيل » .

ونجد فى « نهاية المحتاج » (جـ ٤ ص ٣٨) قوله .

« وان اعترف (أى الغير المتعاقد مع الوكيل) بها (أى بالوكالة) طالبه به (أى بالثمن) أيضا فى الأصح وان لم يضع يده عليه كما يطالب

---

(١) ستيفنز ج ٣ ص ٣٤٣ ، وكورتى ج ٢ ص ٥٤ ، وبوبسكو — رامنسيانو ص ٦٠٣—٦٠٦

الموكل ويكون الوكيل كضامن لمباشرته العقد والموكل كأصيل لأنه المالك ومن ثم رجع عليه الوكيل اذا غرم» .

كما نجد المعنى نفسه فى « المغنى » اذ يقول (ج ٥ ص ٢٦٤) :

« فأما ثمن ما اشتراه (الوكيل) اذا كان فى الذمة فانه يثبت فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعا كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما فان أبرأ الوكيل لم يبرأ الموكل واذا أبرأ الموكل برىء الوكيل أيضا كالضامن والمضمون عنه سواء» .

وكذلك يقول البهوتى فى « شرح المنتهى » (ج ٢ ص ١٧٨ — ١٧٩) :

«وان علم مشتر بالوكالة فلا طلب له على وكيل وإلا فله طلبه ابتداء للتغرير . وان اشترى وكيل بثمن فى ذمته ثبت فى ذمة الموكل أصلا وفى ذمة الوكيل تبعاً كالضامن وللبائع مطالبة من شاء منهما وان أبرىء الموكل برىء الوكيل لاعكسه » .

على أن الخيار المقرر فى الشريعة يختلف عن الخيار المقرر فى القانون الأنجلو — أمريكى من حيث أن الرجوع على أى من الاثنين (الأصيل أو النائب) فى هذا الأخير يستتبع النزول عن الرجوع على الآخر بغير تفرقة، بينما مقتضى القياس على الضامن والمضمون فى الشريعة أن الرجوع على النائب لا يمنع من الرجوع بعد ذلك على الأصيل اذا لم يثمر الرجوع على نائبه لأن الأصيل فى حكم المدين الأصلى واذن فالقانون الانجليزى يسوى فى المسئولية بين المدينين البدليين أما الشريعة فترتب مسئوليتهما بالقياس على مسئوليتى الضامن والمضمون .

ويرى العلامة السنهورى (١) أن نظام الأصيل المستتر فى القانون الانجليزى هو فى الواقع مرحلة الى الأمام فى نظام الاسم المستعار الذى تعرفه القوانين اللاتينية والجرمانية فان هذا النظام الأخير لا يجعل العلاقة مباشرة بين الأصيل والغير بل يتوسط بينهما النائب ويرجع كل منهما عليه دون

---

(١) نظرية العقد — بند ٢١٠ ص ٢١٨ حاشية ٥

أن يرجع أحدهما على الآخر أما النظام الانجليزى فيسمح بهذا الرجوع ويضيف أستاذنا الكبير السنهورى أن نظام القانون الانجليزى فى هذا الصدد ظاهر أنه لا ينطبق الا فى العلاقات المالية التى لا اعتبار فيها للشخص فلا ينطبق على وعد بالزواج أو على ايجار العمل الخ .

ونعتقد أننا أثبتنا فيما تقدم أن الشريعة الاسلامية قد سبقت القانون الانجليزى الى ذلك كله اذ قررت للنيابة أثرا مباشرا يربط الأصيل والغير فى حالات تدخل ضمن ما تسميه القوانين الحديثة الاسم المستعار ولا تعرف بشأنه الأثر المباشر للنيابة وبذلك كانت دائرة النيابة أوسع فى الشريعة الاسلامية منها فى القوانين الحديثة كما ذكرنا من قبل .

٣٩– ولا يسعنا فى ختام هذا العرض لأثر النيابة فى الشريعة الا أن ندلى بما نظن أنه تصويب لما قيل من أن مذهب أبى حنيفة بهذا الصدد قريب من القانون الرومانى وأن مذهب الشافعى قريب من القانون الحديث [(١)] فقد رأينا أن الحنفية وغيرهم من سائر المذاهب الأربعة متفقون على رجوع آثار تصرف النائب الى الأصيل رأسا فى جميع الحالات التى يبرم فيها النائب التصرف باسم الأصيل وهى وحدها التى تتحقق فيها النيابة فى القوانين الحديثة كقاعدة عامة . أما ما عدا ذلك من الحالات

---

(١) نظرية العقد بند ٢٠١ ص ٢٠٩ حاشية ١ و « الوسيط » ج ١ بند ٨٣ حاشية ١ : « وفى الشريعة الاسلامية اختلفت المذاهب فى هذا الموضوع ، فأبو حنيفة يرجع حكم العقد الى الموكل أما حقوق العقد فترجع الى الوكيل وهو فى هذا قريب من القانون الرومانى على النحو الذى تقدم ، والشافعى يرجع حكم العقد وحقوقه الى الموكل دون الوكيل وهو فى هذا يتفق مع القانون الحديث » . ونظن أن هذا القول يرد عليه مأخذان :

الأول : أنه لا يصح الا عن العقود التى يضيفها الوكيل الى نفسه لا الى موكله أى العقود التى لا تبرم باسم الأصيل وهذه – كقاعدة عامة – تخرج أصلا عن نطاق النيابة فى القانون الحديث لانتفاء تعامل النائب مع الغير باسم الأصيل – أما العقود التى يعقدها الوكيل باسم موكله فآثارها جميعا – حكما وحقوقا – تلحق فى الشريعة الاسلامية بالأصيل مباشرة على ما أسهبنا فى بيانه .

الثانى : أن الرأى المنسوب هنا الى الشافعى هو الذى يرويه عنه الحنفية فى كتبهم وليس المعتمد فى كتب الشافعية .

فهى فى حكم القوانين الحديثة تخرج عن نطاق النيابة ومع ذلك فمذاهب الشريعة الاسلامية تقر فى هذه الحالات الأخيرة الأثر المباشر للنيابة على تفاوت بينها مبناه التفرقة بين ما يسمونه حكم العقد وما يسمونه حقوق العقد على ما شرحناه آنفا .

وعلى ذلك فان التسوية بين مذهب أبى حنيفة فى ارجاع حقوق العقد الى الوكيل وبين القانون الرومانى الذى لم يكن يقر الأثر المباشر للنيابة كأصل لا تستقيم الا اذا قارنا حكم القانون الرومانى فى عمومه بخصوص حكم المذهب الحنفى فى حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه لا باسم الموكل وهى مقارنة غير سليمة لتفاوت الأسس التى تقوم عليها اذ هذه الحالات الأخيرة تخرج عن نطاق النيابة فى القانون الحديث نفسه بله القانون الرومانى والمذهب الحنفى فى هذه الحالات الأخيرة نفسها يذهب الى أبعد مما تذهب اليه القوانين الحديثة اذ يرجع أهم آثار العقد — وهو ما يسميه حكم العقد — الى الأصيل رأسا ولا يحتفظ للنائب الا بالآثار الفرعية المسماة بحقوق العقد وبذلك يتضح مدى الاختلاف ما بين المذهب الحنفى والقانون الرومانى فى هذا الصدد .

٤٠ — هذا وان الرأى الذى أوردناه هنا عن حكم الشريعة بمختلف مذاهبها فى مسألة الأثر المباشر للنيابة سبق أن نادينا به أول مرة — بأقل من هذا التفصيل — فى رسالتنا المطبوعة سنة ١٩٥٤ حيث قلنا بعد استعراض قواعد الشريعة فى مختلف المذاهب :

« وواضح أن حكم الشريعة بمذاهبها المختلفة متفق مع حكم القوانين الحديثة فى ارجاع آثار التصرف الى الأصيل دون النائب فى جميع الصور التى تتحقق فيها النيابة بالمعنى الحديث أى فى جميع العقود التى يكون فيها العلم بوجود النيابة مشتركا بين النائب والغير المتعاقد معه » [1] .

---

(١) « النيابة فى التصرفات القانونية » — الاسكندرية ١٩٥٤ ص ١٦٤

ولم يكن يذهب الى هذا الرأى أحد من الشراح حتى ذلك الحين والى ما بعده (١) الى أن وجد هذا الرأى سندا نعتز به فيما انتهى اليه أخيرا العلامة السنهورى فى أحدث مؤلفاته وهو الجزء الخامس من « مصادر الحق فى الفقه الاسلامى » المطبوع سنة ١٩٥٨ (٢) ففيه رجع المؤلف عما كان قد قال به فى « نظرية العقد » وفى « الوسيط » موردا مبررات هذا الرجوع وأسباب القول بالرأى الأول (٣) وانتهى الى أنه :

« فى الحالة الأولى (حالة تعامل النائب باسم الأصيل) تكون النيابة كاملة فى الفقة الغربى اذ يختفى شخص النائب ، وتقوم العلاقة مباشرة بين الأصيل والعاقد الآخر . فيكسب الأصيل الحقوق المتولدة من العقد الذى باشره النائب ، وتترتب فى ذمته الالتزامات التى انشأها هذا العقد فيطالب العاقد الآخر رأسا بهذه الحقوق ويطالبه العاقد الآخر رأسا بهذه الالتزامات . وهذا هو أيضا شأن الفقه الاسلامى ، لم يقصر عن ادراك مدى

---

(١) قارن مثلا : شفيق شحاته – فى دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ (على الآلة الكاتبة) ، وفى « المجلة الدولية للقانون المقارن » السنة الثامنة (١٩٥٦) ص ٥٣٨–٥٤٦ وبخاصة الفقرات ٣٧ و ٤٠ و ٤١ – ولا تفوتنا الاشارة الى أن الأستاذ الدكتور شحاته فى رسالته التى نوقشت سنة ١٩٣٦ – وكانت فاتحة طيبة لدراسة الشريعة على النهج العلمى الحديث – (« النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية – الجزء الأول – طرفا الالتزام» – القاهرة – مطبعة الاعتماد بدون تاريخ) – كان قد قرر أن « الفقه الاسلامى يسلم بمبدأ النيابة التامة .. ومبدأ النيابة هذا لم يصل اليه التشريع الرومانى الا بعد جهاد عنيف وقد بقى مجهولا من التشريع الفرنسى القديم ، أما الفقه الاسلامى فقد قال بالنيابة التامة وبالنيابة التامة الى حدود بعيدة جدا » (المرجع المذكور – البنود ١٩٠–١٩٩) . وقد ورد هذا القول هنالك غير مسند الى النصوص الفقهية ، كما أنه جاء ضمن المقدمة العامة للرسالة التى استعرض فيها المؤلف نظرية الالتزامات فى الشريعة استعراضا عاما يكون « هيكلا وقتيا » يساعد على تتبع الدراسات المقبلة التى شرع فيها المؤلف (بند ٣٩) ، ومن ثم فالظاهر أن الذى انتهى اليه المؤلف فى مقاله المنشور فى « المجلة الدولية للقانون المقارن » سنة ١٩٥٦ ثم فى دروس الدكتوراه لسنة ١٩٥٧ والتى نشرت فى " مجلة العلوم القانونية والاقتصادية " – السنة الأولى – ١٩٥٩ (المرجع السابق) هو قوله النهائى المسند الى نصوص المذهب الحنفى .

(٢) ص ٣٠٨

(٣) ص ٢٤٩–٢٥٠

النيابة كاملا فى هذه الحالة ، ولم يتخلف عن الفقه الغربى خطوة واحدة فان الوكيل فى الفقه الاسلامى اذا أضاف العقد الى موكله انصرف حكم العقد وحقوقه جميعا الى الموكل لا الى الوكيل وكانت النيابة كاملة ومن ثم يختفى شخص الوكيل وتصبح العلاقة مباشرة بين الموكل والعاقد الآخر ، ويرجع الموكل على العاقد الآخر رأسا بما كسبه من حقوق العقد كما يرجع العاقد الآخر على الموكل رأسا بما كسبه هو أيضا من هذه الحقوق . لا فرق فى كل ذلك بين الفقه الاسلامى والفقه الغربى الحديث فليس هناك شك فى أن الفقه الاسلامى قد وصل بنظرية النيابة الى أبعد مدى وصل اليه الفقه الغربى الحديث » .

ويضيف المؤلف الى ذلك قوله (ص ٣١٠) :

« أحسن الفقه الاسلامى كل الاحسان فى صرف حكم العقد وحقوقه الى الموكل اذا أضيف العقد اليه فهذه نيابة كاملة سبق فيها الفقه الاسلامى الفقه الرومانى وكان هذا الفقه الأخير يقف عند حدود الرسالة لا يتعداها الى النيابة وضاهى الفقه الاسلامى فيها الفقه الغربى الحديث فلم يتخلف عنه خطوة واحدة » .

٤١ــ وبعد أن يبين المشروع الموحد أثر النيابة فى المادة ١٠ ينص فى المادة التالية على حالة كثيرة الحدوث فى العمل هى حالة التعاقد لحساب أصيل لا يذكر اسمه فى العقد وانما يحتفظ النائب بحق الكشف عن شخصيته فى وقت لا حق وفى ذلك تقول المادة ١١ :

« اذا كان المتعاقد قد صرح وقت ابرام العقد بأنه يبرمه لحساب شخص آخر دون أن يذكر اسم هذا الأخير ودون أن تدل الظروف على شخصيته فان المتعاقد يعتبر نائبا عن شخص يجرى تعيينه فى وقت لاحق على التعاقد وينبغى على المتعاقد فى هذه الحالة أن يكشف للغير عن شخصية الأصيل فى المهلة المتفق عليها أو فى مهلة معقولة ان لم يتفقا على المهلة .

فاذا كان هذا الأخير قد أناب المتعاقد فى التصرف باسمه أو اذا قبل فى المهلة المشار اليها العقد الذى أبرمه المتعاقد باسمه أنتج العقد آثاره مباشرة بين الأصيل وبين الغير منذ وقت ابرامه .

فاذا تخلفت الشروط التى تقررها الفقرة السابقة أنتج العقد آثاره بين الغير وبين من تعاقد معه » .

وهذه المادة تتناول ما يطلق عليه فى الفقه الفرنسى بصدد عقود البيع اصطلاح declaration de command وهو وضع لم ينص عليه القانون المدنى الفرنسى ولكنه منتشر فى العمل وقد أشار اليه قانون التسجيل الفرنسى فى المواد ٣٦٥ – ٣٦٧ منه اذ ينص على عدم تقاضى رسم ثان على انتقال الملكية العقارية اذا أعلن المشترى فى ورقة رسمية اسم الأصيل الذى أبرم العقد لحسابه فى ظرف ٢٤ ساعة من ابرام عقد البيع وفى عدم تقاضى رسم جديد على انتقال الملكية الدليل الكافى على أن الوضع الذى نحن بصدده هو صورة من صور النيابة التى تلحق فيها آثار العقد بالأصيل رأسا من غير أن تمر بشخص النائب .

والفقه الفرنسى يجمع الآن على أن البيع مع التقرير بالشراء عن الغير هو من تطبيقات النيابة خلافا للرأى الذى كان ينادى به بعض الشراح فيما سبق ومؤداه اعتبار هذا النوع من العقود نظاما قائما بذاته (١) .

على أن النيابة فى هذا النوع من العقود تتحقق فقط فى الحالة التى يكشف فيها المتعاقد عن شخص الأصيل فى المهلة الاتفاقية أو المعقولة أما اذا انقضت تلك المهلة دون أن يحدث ذلك فالعقد يعتبر مبرما بين المتعاقد الذى احتفظ بحق الكشف عن شخص الأصيل وبين من تعاقد معه وهذا واضح من نص المادة ١١ من المشروع وعلى ذلك فيصح القول

---

(١) الهلالى وحامد زكى بند ٥٤٧–٥٥٠ ، ورواست ص ٢١٧–٢٢٠ ، وكلاريز ص ١٩٥ ، ومادراى ص ٢١٨–٢٢١ ، وبوبسكو – رامنسيانو ص ٢٤٨–٢٥٠

بأن مثل هذا المتعاقد يعتبر نائبا بشرط واقف هو الكشف عن الأصيل فى المهلة ومتعاقدا باسمه ولحساب نفسه بشرط واقف كذلك هو انقضاء المهلة دون الكشف عن شخصية صاحب الشأن .

فاذا قرر النائب أنه يتعاقد بوصفه نائبا دون أن يكشف عن شخصية الأصيل عند التعاقد أو اشترط المتعاقد أن يكون له الحق فى أن يفصح فى ميعاد معين عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد وقبل الغير المتعاقد معه هذا الوضع فرغم عدم التصريح باسم الأصيل ورغم عدم وجود ظروف تدل عليه يتحقق حكم النيابة وينصرف أثر مثل هذا العقد رأسا ومن وقت ابرام العقد الى الأصيل دون النائب متى كشف المتعاقد عن شخص هذا الأصيل فى الميعاد وذلك لأن نية النائب قد انصرفت الى عدم الارتباط شخصيا كما أن نية الغير المتعاقد معه قد انصرفت كذلك الى عدم الارتباط مع النائب وانما مع الأصيل الذى سيحدده النائب فيما بعد .

وفائدة هذا النظام العملية واضحة من حيث أنه يسمح بابرام عقود لحساب أشخاص قد تكون لهم مصلحة فى التجهيل بأشخاصهم عند التعاقد وبذلك يحقق هذا النظام مزايا نظام الاسم المستعار دون أن يصطحب ذلك بضرورة نقل آثار العقد من الاسم المستعار الى صاحب الشأن بتصرف جديد كما هو الشأن فى حالات تعاقد الوكيل باسم نفسه اذا لم يحتفظ فى العقد بالحق فى الكشف عن شخص صاحب الشأن .

ولم يحدد المشروع الموحد المهلة التى ينبغى على النائب أن يفصح فيها عن اسم الأصيل تاركا ذلك لاتفاق الطرفين أو لتقدير القاضى للمهلة المعقولة فى حالة عدم الاتفاق وذلك خلافا لبعض التشريعات الأخرى كقانون التسجيل الفرنسى الذى يحددها بأربع وعشرين ساعة وكالقانون المدنى الايطالى (المادة ١٤٠٢) الذى حددها بثلاثة أيام وكقانون المرافعات المصرى الذى حدد هذه المهلة فى البيوع القضائية بثلاثة أيام من يوم صدور حكم مرسى المزاد وذلك فى المادة ٦٧٠ مرافعات ونصها :

« يجوز للراسى عليه المزاد أن يقرر فى قلم كتاب المحكمة قبل انقضاء ثلاثة الأيام التالية ليوم البيع أنه اشترى بالتوكيل عن شخص معين » .

ومقتضى هذا النص أن البيوع القضائية فى القانون المصرى تكون دائما مقترنة بحق الكشف عن الأصيل أو ما يسمى بحق اختيار الغير وذلك بغير حاجة الى النص على ذلك فى قائمة شروط البيع .

٤٢— هذا وقد قررت محكمة النقض فى حكم لها تناولت فيه عقد البيع الذى يحتفظ فيه المشترى بحق الافضاح عن اسم شخص آخر ترجع اليه آثار العقد مايلى (١) .

«ان تكييف العلاقة القانونية بين المشترى الذى يحتفظ بحق اختيار الغير وبين المشترى المستتر بأنها وكالة تجرى أحكامها على الآثار التى تترتب على هذه العلاقة بين الطرفين وبالنسبة الى الغير غير جار على اطلاقه فان بين أحكام الوكالة والأحكام التى تخضع لها شرط اختيار الغير والآثار التى تترتب عليه تنافرا فاسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول رغم عدم وجود تفويض أو توكيل منه الى المشترى الظاهر قبل البيع وبقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه — وهى أحكام مقررة فى شرط اختيار الغير — كلها تخالف أحكام الوكالة تماما .

ولئن كان الفقه والقضاء فى فرنسا قد ذهبا فى تبرير اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول — وهو اهم ما يقصد من شرط اختيار الغير — الى افتراض وكالة المشترى الظاهر عن الغير الا أن ذلك ليس الا مجازا مقصورا على حالة ما اذا أعمل

---

(١) نقض ٩ مارس ١٩٥٠ — مجموعة أحكام النقض — السنة الأولى — رقم ٨١ ص ٣١٢

المشترى حقه فى اختيار الغير فى الميعاد المتفق عليه مع النائب أما قبل ذلك أو اذا لم يعمل هذا الحق أو أعمله بعد الميعاد فالافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة ".

ويبدو من هذا الذى قررته المحكمة العليا أنها تذهب الى الرأى الذى يعتبر الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير نظاما مستقلا قائما بذاته وهو الرأى القديم الذى عدل عنه الفقه ولا يسعنا أن نتمشى مع هذا الحكم فيما اعتبره تنافرا بين أحكام الشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير وبين أحكام الوكالة من حيث «اسناد ملكية المشترى المستتر الى عقد البيع الأول» فهذا الأثر هو خصيصة النيابة التى لا تنفك عنها اذ أن رجوع آثار العقد الى الأصيل مباشرة دون النائب هو أهم آثار النيابة ، أما ما أشارت اليه المحكمة من «عدم وجود تفويض أو توكيل منه (أى المشترى المستتر أو الأصيل) الى المشترى الظاهر قبل البيع» فغير مسلم لأن العلاقة بين المتعاقد مع حفظ الحق فى اختيار الغير وبين هذا الغير لا تخرج عن أن تكون علاقة وكالة أو علاقة فضالة وهى على الحالين صورة من صور النيابة اذ لا سبيل الى الزام المشترى المستتر آثار العقد الذى عقده المشترى الظاهر بغير ذلك .

أما عن وجه التنافر الثانى الذى تشير اليه محكمة النقض بين أحكام هذا النوع من البيوع وبين أحكام الوكالة وهو «بقاء العين فى ملكية المشترى الظاهر اذا لم يعمل حقه فى الاختيار أو اذا أعمله بعد الميعاد المتفق عليه» فلا تنافر هنا فى الواقع اذا أن اعتبار هذا النوع من البيوع من تطبيقات النيابة مشروط بشرط اعمال الحق فى اختيار الغير فحيث لا يستعمل المتعاقد هذا الحق فلا نيابة . وبعبارة أخرى أن النيابة هنا موقوفة على شرط استعمال الحق فى اختيار الغير فى الموعد المتفق عليه فاذا حدد المتعاقد شخص صاحب الشأن تحقق الشرط وأصبحنا أمام حالة عادية من حالات النيابة بكل أحكامها وآثارها أما اذا لم يستعمل المتعاقد هذا الحق تخلف شرط النيابة وأصبحنا أمام عقد بيع معقود بطريق الاصالة يرتبط به البائع والمشترى الظاهر الذى يصبح فى هذه الصورة صاحب الشأن الوحيد . وهذا التصوير

للشراء مع حفظ الحق فى اختيار الغير بأنه يتضمن نيابة موقوفة على شرط تصوير يتفق مع الواقع ولا حاجة معه الى القول بالافتراض أو المجاز المقصور على حالة ما اذا أعمل المشترى حقه فى اختيار الغير ، كما ذهبت اليه أسباب هذا الحكم ، اذ لا افتراض هنا وانما نيابة بمعنى الكلمة أما الفرض الآخر وهو فرض عدم استعمال الحق فى اختيار الغير ففيه لا تتحقق النيابة لتخلف شرطها ونكون أمام بيع معقود بطريق الاصالة أى أن النيابة لا تنشأ أصلا فلا محل للقول بأن « الافتراض يزول وتزول معه كل الآثار المترتبة على الوكالة » .

(٥)

انقضاء النيابة

٤٣– يرتبط البحث فى انقضاء النيابة أوثق ارتباط بالعلاقة االداخلية بين النائب والأصيل أى بالعقد الذى صدرت الانابة بمناسبته أو بالاستناد اليه ، وهذا ما جعل المشرع الألمانى ينص فى المادة ١٦٨ من قانونه المدنى على أن انقضاء الانابة يتقرر طبقا للعلاقة القانونية التى صدرت الانابة ارتكانا اليها . وهذا أيضا ما حدا بمعظم من كتبوا فى النظرية العامة للنيابة الى اخراج انقضاء النيابة من نطاق أبحاثهم لكون أسباب انقضائها متعددة ومتنوعة بتنوع العلاقات القانونية التى تربط النائب بالأصيل .

على أن المشروع الموحد قد خص انقضاء النيابة بفصل من عشر مواد عدد فيها الأسباب العامة لانقضاء النيابة بصرف النظر عما بين الأصيل ونائبه من علاقة داخلية وأوضح التقرير التفسيرى أن المشروع لم يتناول أسباب الانقضاء التى تكون ظاهرة من صيغة الانابة نفسها كانقضاء مدتها أو انتهاء العمل المناب فيه أو استحالة القيام بذلك العمل أو تحقق شرط فاسخ علق عليه الأصيل انقضاء الأنابة (١) .

(١) قارن نص المادة ٧١٤ مدنى مصرى فى باب الوكالة « تنتهى الوكالة باتمام العمل الموكل فيه أو بانتهاء الأجل المعين للوكالة » .

وفيما عدا هذا النوع من أسباب الانقضاء يعدد المشروع الموحد أسبابا أخرى منها ما يتعلق بشخص الأصيل ومنها ما يتعلق بشخص النائب ومنها أخيرا ما يرجع الى ارادة أحد الطرفين الأصيل والنائب .

(ا) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص الأصيل :

هذه الأسباب هى الموت وفقد الأهلية والافلاس وفى ذلك تقول المادة ١٥ من المشروع :

« موت الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد موت الأصيل تنفذ فى تركة هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بالوفاة فى وقت ابرام تلك التصرفات . واذا كان الأصيل شخصا معنويا فان انقضاء شخصيته ينهى النيابة بالطريقة نفسها » .

كما تنص المادة ١٦ على أن :

« فقد أهلية الأصيل فقدا تاما ينهى النيابة .

واذا فقد الأصيل أهليته جزئيا فان الأنابة لا ترتب أثرا الا فى حدود ما يدخل فى أهلية الأصيل المحدودة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد فقد أهلية الأصيل تنفذ فى حق هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بهذا الظرف فى وقت ابرام تلك التصرفات » .

وأخيرا تنص المادة ١٧ على أن :

«اشهار افلاس الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب الحاصلة بعد اشهار افلاس الأصيل صحيحة حتى فى مواجهة مجموعة الدائنين اذا كانت تصح لو كانت قد حصلت من الأصيل نفسه » .

وتعقب المادة ١٨ على هذه الأحكام بقولها .

« يظل النائب قائما بما أنيب فيه رغم موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه وذلك لحساب الأصيل أو خلفائه أو مجموعة الدائنين كلما كان انقضاء النيابة من شأنه الاضرار بالأصيل أو بخلفائه أو بمجموعة الدائنين» (١) .

٤٤ – وفيما يتعلق بتأثير موت الأصيل فى قيام النيابة كان على واضعى المشروع الموحد أن يختاروا بين اتجاهات ثلاث تتجلى فى تشريعات مختلف الدول .

١ – فثمة تشريعات تغلب مصلحة استقرار المعاملات واستمرارها على كل اعتبار آخر فلا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة وانما تنص على استمرارها مع حلول ورثة الأصيل محل مورثهم ومن هذه التشريعات القانون المدنى الألمانى (م ٦٧٢) وقانون التجارة الألمانى (م ٥٢) والقانون المدنى الصينى (م ٥٦٤) وقانون العقود الاسكانديناوى (م ٢١) وغيرها .

٢ – وهناك فريق آخر من التشريعات يغلب الاعتبار الشخصى فى النيابة وما تقوم عليه من ثقة بين الأصيل والنائب فترتب على واقعة موت الأصيل انقضاء النيابة ومن هذا الفريق القانون الأنجلو – أمريكى والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٠٠) والقانون المدنى النمساوى (م ١٠٠٢) .

٣ – وبعض التشريعات قد اختطت سبيلا وسطا بين الاتجاهين المتضادين السابقين فهى مع تقريرها انقضاء النيابة كنتيجة لموت الأصيل تحد من اطلاق هذه النتيجة بتعليق تحققها على علم النائب والغير بهذه الواقعة . ومن هذا القانون المدنى المصرى (م ١٠٧ وم ٧١٣) والقانون المدنى الفرنسى

---

(١) قارن المادة ١/٧١٧ من القانون المدنى المصرى « على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وهذا الحكم شائع فى تقنينات سائر الدول وحكمته واضحة لاتحتاج الى بيان .

(م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) والقانون المدنى الايطالى (م ١٣٩٦) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣٧) والقانون المدنى اللبنانى (م ٨١٩) .

وقد انحاز واضعو المشروع الموحد لهذا الاتجاه الأخير لكونه أقرب الاتجاهات الثلاث الى التوفيق بين مصالح ذوى الشأن جميعا بما فيهم الغير المتعاقد مع النائب .

على أنه يلاحظ على نص المادتين ١٥ و ١٦ من المشروع أنه يعلق استمرار النيابة برغم موت الأصيل أو فقد أهليته على جهل الغير — فحسب — بالواقعة المنهية للنيابة دون أن يعتد بعلم النائب أو جهله بتلك الواقعة فهاتان المادتان لا تشترطان لاستمرار النيابة فى الحالات التى نحن بصددها أن يكون النائب والغير مشتركين فى عدم العلم بالموت أو فقد الأهلية وانما تكتفيان فى ذلك بعدم علم الغير وحده .

والمشروع الموحد فى هذا يجافى ما سار عليه عدد كبير من التشريعات وبخاصة القانون المدنى المصرى (م ١٠٧) والقانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٨ و ٢٠٠٩) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٣٧) فهذه التشريعات وغيرها تشترط لامكان القول باستمرار النيابة وانتاجها أثرها رغم موت الأصيل أو فقده أهليته أن يكون النائب والغير يجهلان معا وقت التعاقد انقضاء النيابة .

والواقع أن مسلك تلك التشريعات أرجح مما اختاره واضعو المشروع الموحد اذ أن الاشتراك فى العلم بسبب انقضاء النيابة بين الغير والنائب هو شرط لازم لامكان القول باستمرار النيابة لأننا بغير ذلك الاشتراك نكون فى أحد وضعين :

١ — نائب يجهل انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يعلم ذلك الانقضاء وهنا يكون الغير سيء النية قطعا ولا تعرض لنا ضرورة حمايته عن طريق سحب أثر النيابة الى ما بعد تحقق سبب انقضائها .

٢ — نائب يعلم انقضاء النيابة يتعامل مع شخص من الغير يجهل ذلك — وهى الحالة التى تتسع لها نصوص المشروع وتضيق عنها أحكام التشريعات التى أشرنا اليها — وهنا نجدنا أمام حالة من حالات تجاوز النائب حدود نيابته وينبغى أن يترك الحكم فيها للقواعد التى تنظم مسئولية مثل ذلك النائب قبل الغير الذين تعامل معهم ولا مبرر لالزام الأصيل الذى عزل نائبه وأبلغه ذلك العزل أو الأصيل الذى فقد أهليته أو ورثة الأصيل المتوفى نتائج تصرف النائب سيء النية الذى تعامل مع الغير وهو يعلم انقضاء نيابته .

وحكم المادة ١٠٦ من القانون المدنى المصرى الذى ينطبق على جميع حالات النيابة — اتفاقية كانت أم قانونية — مستحدث فى القانون الجديد الذى تشير مذكرته الايضاحية الى أنه « قد تنقضى النيابة دون أن يعلم النائب بذلك كما اذا كان يجهل موت الأصيل أو الغاء التوكيل . فاذا تعاقد فى هاتين الحالتين مع شخص حسن النية لا يعلم بانقضاء النيابة كان تعاقده هذا ملزما للأصيل وخلفائه وقد قصد من تقرير هذا الحكم الى توفير ما ينبغى للمعاملات من أسباب الثقة والاستقرار » .

ولم يكن قانوننا المدنى القديم يحوى سوى نص المادة ٥٣٠ وحكمها خاص بالوكالة وقاصر على حالة انقضائها بموت الموكل أو بعزل الوكيل . وللقضاء المصرى تطبيقات عديدة لتلك المادة قبل صدور القانون المدنى الحالى فمن ذلك حكم محكمة استئناف مصر فى ١٥ نوفمبر سنة ١٩٣٢ (١) : « الأعمال التى يجريها الوكيل بعد وفاة الموكل بدون أن يعلم بوفاته تكون صحيحة وقانونية . وتصرف الوكيل و هو لا يعلم بوفاة موكله ليس باطلا بطلانا مطلقا بل بطلانا نسبيا فلا يحتج به الا ورثة الموكل وفى وجه من عامل الوكيل بسوء نية » (٢) .

---

(١) المحاماة ١٣–٣٥٣–٧١٥

(٢) يلاحظ ما فى استعمال تعبير "البطلان" فى هذا الحكم من عدم الدقة والصواب "عدم النفاذ" لا "البطلان" .

وكذلك حكم محكمة بنى سويف الابتدائية ٩ يناير سنة ١٩٣٦ (١) «من المجمع عليه قضاء أنه وان كانت الوكالة تنتهى بوفاة الموكل إلا أن أعمال الوكيل التى قام بها بغير علمه بوفاة الموكل تظل صحيحة» . ولكن هل كان القضاء فى ظل القانون القديم يطبق نفس القاعدة فى غير حالة الوكالة ؟

قضت محكمة النقض(٢) فى دعوى ينطبق عليها القانون المدنى القديم بأن حكم المادة ٥٣٠ خاص بالوكالة فلا يسرى على النيابة القانونية بحيث اذا كان المحجور عليه قد توفى قبل صدور قرار المجلس الحسبى باعتماد تصرف القيم فان التصرف المذكور لا يقوم صحيحا ولو كان الغير المتعاقد مع القيم حسن النية بل ولو كانت الوفاة مجهولة وقت التصرف من جميع ذوى الشأن . وأخذا بهذا المبدأ نقضت المحكمة حكم الاستئناف الذى كان قد قضى بصحة التصرف قياسا على المادة ٥٣٠ باعتبار أن القوامة نوع من الوكالة يسرى عليه حكم تلك المادة . وعندنا أن حكم النقض المذكور يقوم على التضييق من نطاق المبدأ بشكل لا يتفق وضرورة استقرار المعاملات بينما أن حكم الاستئناف المنقوض كان أكثر تمشيا مع تلك المصلحة وهو الاتجاه الذى أخذ به المشرع فى القانون المدنى الجديد اذ جاء نص المادة ١٠٧ عاما ينسحب على كافة أنواع النيابة من اتفاقية وقانونية بحكم وروده فى صيغة عامة وبين مواد النيابة بوجه عام خلافا لنص المادة ٥٣٠ من القانون القديم التى وردت فى الباب الخاص بعقد الوكالة .

ونجد فى الشريعة الاسلامية هذه القاعدة عينها فى انقضاء النيابة بموت الأصيل وبعض الأقوال فى مختلف المذاهب تقيد انقضاء النيابة بما يقيد

---

(١) المحاماة ١٦-٢٢٦-٥٢١ ، والمجموعة الرسمية ٣٧-٢١٤

(٢) أول مارس ١٩٥١ مجموعة أحكام النقض المدنية – السنة الثانية – العدد الثانى رقم ٧٣ ص ٣٩٤ وما بعدها .

به القانون والمشروع الموحد من وجوب علم النائب والغير بواقعة موت الأصيل (١).

٤٥– وجدير بالذكر أن عبء الاثبات فى حالة استمرار النيابة بعد تحقق سبب انقضائها انما يقع على عاتق من علق القانون استمرار النيابة فى هذه الصور على عدم علمهم بواقعة الانقضاء أى على النائب أو على الغير المتعاقد معه بحسب الأحوال ومؤدى ذلك أن الأصيل أو ورثته ليس عليهم لكى يصلوا الى عدم الالتزام بآثار تصرف النائب الا أن يثبتوا حصول الواقعة المنهية للنيابة دون أن يقع على عاتقهم عبء اثبات علم النائب والغير بها ، وعلى هذين – أو أحدهما – يقع عبء اثبات جهلهما بالعزل أو بالموت أو بفقد الأهلية الذى لحق الأصيل .

وفى هذا الصدد تقول محكمة النقض فى حكمها الصادر فى ٢٤ أكتوبر سنة ١٩٥٧ (المحاماه ٣٨ – ٣٨٩ – ٩٠٨) أن :

"القانون لم يشترط فى خصوص عدم نفاذ التصرفات الصادرة من الوكيل بعد انقضاء الوكالة بالنسبة للموكل وجوب اعلان الغير بانقضاء الوكالة وانما شرط لنفاذ مثل هذه التصرفات على الموكل أن يكون الغير حسن النية أى غير عالم بانقضاء الوكالة ، ويستتبع هذا أنه يجب على الغير أن يتمسك فى هذا الخصوص بحسن نيته أى أنه بحسب الموكل الذى يحاج بتصرف أجراه الوكيل بعد انقضاء وكالته أن يثبت انقضاء الوكالة وعلى الغير الذى يبغى الاحتجاج

---

(١) المغنى ج ٥ ص ٢٤٢ – وبداية المجتهد ج ٢ ص ٢٥١ – والمدونة الكبرى ج ١٠ ص ٧٥ « قلت لابن القاسم أرأيت لو أن رجلا أمر رجلا أن يشترى له سلعة من السلع .. فمات الآمر ثم اشتراها وهو لا يعلم بموت الآمر أو اشتراها ثم مات الآمر . (قال) ذلك لازم للورثة كلهم فان اشتراها وهو يعلم بموت الآمر لم يلزم الورثة .. لان مالكا سئل عن الرجل يوكل الرجل يجهز له المتاع يبيع له ويشترى فيبيع ويشترى وقد مات صاحب المتاع . (قال) أما ما باع أو اشترى قبل أن يعلم بموت الآمر فذلك جائز على الورثة وأما ما اشترى وباع بعد أن يعلم فلا يجوز ذلك فسألتك مثل هذا لأن وكالته قد انفسخت » .

بهذا التصرف — ان شاء — التحدى بحسن نيته أمام محكمة الموضوع حتى تستطيع أن تبت فى هذا الدفاع على الوجه الذى رسمه القانون وعلى ذلك فاذا كان التصرف الصادر من الوكيل قد صدر منه بعد انقضاء الوكالة فلا يجوز للغير التحدى لأول مرة أمام محكمة النقض بعدم علمه بهذا الانقضاء متى كان لم يقدم بملف الطعن ما يدل على أنه عندما ووجه أمام محكمة الموضوع بذلك الانقضاء تمسك بعدم علمه به" (١) .

وقد كان القضاء ميالا أول الأمر الى التشدد مع النائب ومع الغير المتعامل معه فى قبول أدلتهما على جهلهما بالواقعة المنهية للنيابة الا أنه قد لوحظ فى المدة الأخيرة — وبصفة خاصة فى القضاء الفرنسى — ميل ظاهر نحو التخفيف من عبء اثبات الجهل بالواقعة الموجبة لانقضاء النيابة ومن تلك الأحكام الجديدة حكم النقض الفرنسى الصادر فى ١٦ نوفمبر سنة ١٩٥٤ (٢) واكتفت فيه المحكمة بظرف صعوبة المواصلات للقول بسريان عقد الوكيل المعقود بعد وفاة الموكل فى حق ورثة هذا الأخير

---

(١) أنظر عكس ذلك : محمد على عرفه « شرح القانون المدنى الجديد فى التأمين والوكالة ... الخ » ص ٣٤٦ : « واذا ثار النزاع حول علم الوكيل أو الغير بالعزل أو جهله اياه فانه يكون على الموكل الذى يدعى براءة ذمته من الالتزامات التى عقدها الوكيل المعزول أن يثبت أن أحدهما كان على بينة من العزل وقت التعاقد وذلك تطبيقا للقواعد العامة التى تقرر افتراض حسن النية دائما ، فعلى من يدعى أن خصمه كان سيء النية أن يقيم الدليل على صحة ما يدعيه » . وكذلك ص ٣٥١ : « ونرى أن على من يدعى علم الوكيل أو الغير بالوفاة .. التخلص من الالتزامات المترتبة لصالح الثانى أن يثبت واقعة العلم لأن حسن النية مفروض حتى يثبت العكس ».

ويلاحظ على رأى أستاذنا الدكتور عرفه فى هذه الخصوصية أن الأمر لا يتعلق بحسن النية أو سوئها فى نطاق الرابطة العقدية التى ثبت قيامها ، وانما يتعلق الأمر بقيام تلك الرابطة العقدية ابتداء أو عدم قيامها ، ولما كان الأصل أن العزل وموت الأصيل وفقده أهليته تنهى النيابة فعلى من يدعى استمرار النيابة استثناء من ذلك الأصل أن يثبت توفر أسباب الاستثناء وذلك تطبيقا للقاعدة العامة فى الاثبات وهى أن عبئه يقع على من يدعى بخلاف الثابت أصلا . هذا الى أن محكمة النقض قد جرت على الرأى الذى أثبتناه فى المتن كما تقدم .

(٢) Juris-classeur Périodique 1954, II, 8616

معتبرة أن ذلك الظرف مقتضاه أن الوكيل اذ تصرف كان يجهل وفاة الموكل وفى واقعة الدعوى التى صدر فيها ذلك الحكم كان الموكل لاجئا الى أمريكا أثناء الحرب العالمية الثانية ، ويعتبر هذا القضاء تطورا نحو التخفيف من عبء اثبات جهل الوكيل بوفاة الموكل خلافا لأحكام النقض الفرنسى القديمة التى كانت تتشدد فى القاء عبء اثبات الجهل بالوفاة على كاهل الوكيل الذى تصرف غير عالم بانقضاء وكالته (1) .

واشتراط العلم بالواقعة التى يترتب عليها انقضاء النيابة يسرى كذلك على فقد الأهلية واشهار الافلاس كما هو واضح من نص المادتين ١٦ و ١٧ من المشروع ونحيل بهذا الصدد على ما تقدم لنا بخصوص العلم بموت الأصيل تحاشيا للتكرار .

٤٦- هذا وان المادة ١٦ الخاصة بفقد الأهلية تورد حكما اتفقت عليه معظم التشريعات حتى تلك التى لا ترتب على موت الأصيل انقضاء النيابة ولم يشذ عن قاعدة انقضاء النيابة بفقد أهلية الأصيل فقدا كليا الا القانون المدنى الألمانى (م ٦٧٤) وقانون الالتزامات السويسرى (م ٤٦٥) وبعض التشريعات التى تأثرت بهذين التقنينين تأثرا كبيرا كالقانون المدنى الصينى (م ٥٧٤) والقانون المدنى الايرانى (م ٤٠٠) .

وقد خصت المادة ١٦ حالة الفقد الجزئى للأهلية بحكم خاص اذ نصت على استمرار النيابة فى حدود الأهلية المقيدة للأصيل وهو مايتفق والحكمة من انقضاء النيابة بفقد الأهلية اذ ما دام أن الأصيل لا يزال متمتعا بأهلية القيام بتصرفات معينة فلا محل لانقضاء النيابة بالنسبة لتلك التصرفات بل المصلحة فى استمرارها وتنقضى النيابة فقط بالنسبة للتصرفات التى أصبحت خارجة عن حدود أهلية الأصيل الجديدة دون سواها .

وفى الشريعة الاسلامية نجد هذا الحكم عينه معللا بالحكمة نفسها اذ نقرأ فى المغنى (جـ ٥ ص ٢٤٣) : " ومتى خرج (الموكل) عن كونه

---

(1) أنظر المجلة ربع السنوية ١٩٥٥-٥٢٢

من أهل التصرف ... فحكمه حكم الموت لأنه لا يملك التصرف فلا يملكه غيره من جهته ... وان حجر على الموكل وكانت الوكالة فى أعيان ماله بطلت لانقطاع تصرفه فى أعيان ماله وان كانت فى الخصومة أو الشراء فى الذمة أو الطلاق أوالخلع أو القصاص فالوكالة بحالها لأن الموكل أهل لذلك وله أن يستنيب فيه ابتداء فلا تنقطع الاستدامة " .

٤٧ـ (ب) أسباب انقضاء النيابة المتعلقة بشخص النائب :

كما تنقضى النيابة بموت الأصيل وانعدام أهليته واشهار افلاسه كذلك تنقضى اذا عرض للنائب شيء من هذه العوارض وبهذا تقضى المادة ١٩ من المشروع الذى بين أيدينا ونصها :

« تنقضى النيابة :

١ ـ بموت النائب أو بانقضاء الشخصية المعنوية اذا كان شخصا معنويا .

٢ ـ بفقد النائب للأهلية التى كان متمتعا بها وقت صدور الأنابة .

٣ ـ باشهار افلاس النائب » .

ولا تحتاج الفقرة الأولى الى تعليق ما ، أما الفقرة الثانية فمؤداها ان طروء عارض من عوارض الأهلية على النائب ينهى النيابة ولو ظل النائب بعد طروء ذلك العارض متمتعا بأهلية التمييز وبالتالى صالحا لأن يكون نائبا طبقا للقاعدة الواردة فى المادة ٥ من المشروع الموحد ، ومن المستطاع تبرير هذا الحكم على أساس تزعزع الثقة التى كانت باعثة للأصيل على انابة النائب اذ لا يستوى انابة شخص ناقص الأهلية ابتداء واستمرار نيابة شخص كان كامل الأهلية ثم طرؤ عليه النقص فيها وذلك لاحتمال أن الأصيل ماكان يقدم على انابته لو كان ناقص الأهلية من أول الأمر .

ومع كل فالتقرير التفسيرى يتناقض فى هذا الصدد مع نص المشروع اذ يشير التقرير الى أن انعدام الأهلية المنصوص عنها فى المادة ٥ (أى أهلية التميز) يترتب عليه انقضاء النيابة وهذا ما لا يحتمل أدنى شك بطبيعة الحال غير أن ظاهر نص المادة ٢/١٩ يذهب الى أبعد من ذلك اذ يرتب انقضاء النيابة على طروء النقص على الأهلية التى كانت للنائب وقت صدور الانابة ومؤدى هذا النص أن تنقضى النيابة ولو ظل النائب متمتعا بأهلية التميز وازاء هذا التناقض الواضح بين نص المشروع وبين مذكرته الايضاحية لا نستطيع الجزم بما قصد اليه واضعو المشروع الموحد فى هذا الصدد على أن النص فى ذاته واضح المدلول على ما تقدم بيانه .

وبخصوص اشهار افلاس النائب يعرب واضعو المشروع فى التقرير التفسيرى عما ساورهم من تردد فى اعتباره سببا لانقضاء النيابة وذلك لأن الافلاس لا يعدم أهلية المفلس اذ يظل متمتعا بأكثر من القدر الأدنى من الأهلية اللازم للنائب (١) ومع ذلك فقد ضمنوا المشروع هذا النص اهتداء بأحكام كثير من التقنينات التى أشاروا اليها والتى تبنى هذا الانقضاء على زوال ثقة الأصيل بالنائب المفلس ويضيف التقرير التفسيرى أنه ليس ثمة ما يمنع الأصيل اذا أراد الاحتفاظ بنائبه برغم افلاسه من أن يصدر له انابة جديدة .

٤٨ — (ج) انقضاء النيابة بارادة الأصيل أو النائب :

علم لنا مما تقدم أن النيابة الاتفاقية تستند الى ارادة الأصيل المتمثلة فى الانابة ولما كان الأصيل هو الذى يسبغ بارادته على النائب صفة النيابة عنه كان طبيعيا أن يكون للأصيل متى شاء أن يغير تلك الارادة فينفى عن النائب تلك الصفة وذلك عن طريق عزل النائب .

---

(١) قارن حكم الشريعة الاسلامية بهذا الخصوص فى « المغنى » ج ٥ ص ٢٤٣ « واذا حجر على الوكيل لفلس فالوكالة بحالها لأنه لم يخرج عن كونه أهلا للتصرف » .

كما أن النائب بدوره وان كان مسلطا على ذمة الأصيل بارادة هذا الأخير وكان بالتالى ذا صفة فى الزام الأصيل آثار التصرفات التى يبرمها باسمه الا أنه غير ملتزم باستعمال هذه السلطة ولا بالاستمرار فى حمل تلك الصفة فيستطيع النائب اذن أن يتنحى عن ذلك بارادته فيعزل نفسه ان شاء أن ينعزل .

وهذه القاعدة مترتبة على خصائص نظام النيابة ذاتها فهى نتيجة طبيعية لها ولذا نجدها فى تشريعات كافة البلاد وقد تضمنتها كذلك نصوص المشروع الموحد .

١ — العزل .

تنص المادة ٢٠ من المشروع على أنه « مع مراعاة الأحكام التى تتضمنها المواد التالية يستطيع الأصيل فى أى وقت أن يعزل النائب من الانابة » .

ونظير هذا النص مانجده فى القانون المدنى المصرى فى باب الوكالة حيث تنص المادة ١/٧١٥ على أنه « يجوز للموكل فى أى وقت أن ينهى الوكالة أو يقيدها ولو وجد اتفاق يخالف ذلك » .

والأحكام الواردة فى المواد التالية للمادة ٢٠ من المشروع الموحد تتضمن قيودا على آثار حق الأصيل فى عزل النائب ويمكن رد هذه القيود الى اعتبارين :

(الأول) حماية الغير حسنى النية .

(والثانى) مراعاة حق النائب أو الغير اذا كانت الانابة صادرة لصالحهم .

٤٩— فبخصوص حماية الغير تنص المادة ٢١ على أن :

« عزل النائب أو تقييد الانابة لا ينتج آثاره قبل الغير الا من الوقت الذى يعلم به هؤلاء » .

وهذه القاعدة معروفة فى تشريعات مختلف البلاد اذ نجدها فى القانون المصرى فى المادة ١٠٧ التى يعم حكمها جميع أسباب انقضاء الانابة بما فيها العزل ونجدها فى قانون الالتزامات السويسرى (م ٣/٣٤) والقانون المدنى السوفييتى (م ٢٧١) والقانون المدنى الفرنسى (م ٢٠٠٥) وكذا قوانين البلاد التى تبنت تقنين نابليون كما اعتمدت هذه القاعدة لجنة تنقيح القانون المدنى الفرنسى فى المادة ٢٦ من مشروع اللجنة الفرعية للتصرفات القانونية الذى أقرته اللجنة العامة فى سنة ١٩٤٨ ونصها « لا يجوز للأصيل أن يحتج بتقييد أو سحب أو انقضاء مكنة النائب قبل من كان يجهل ذلك فى الوقت الذى اكتسب فيه حقوقا بواسطة النائب » .

غير أن المادة ٢١ تحوى استثناءات من القاعدة المتقدمة اذ تنص على أن العزل وتقييد الانابة ينتجان آثارهما بلا توقف على علم الغير فى الحالات الثلاث الآتية :

١ — اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة فى قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ — اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع .

٣ — اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة فى الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها .

والاعتبار الذى يجمع هذه الاستثناءات الثلاثة هو أن الأصيل وقد أنهى النيابة بذات الأسلوب الذى كان قد أوصلها به الى علم الغير يكون قد فعل كل ما فى وسعه لاعلام الغير بانقضاء الانابة ولا يبقى ثمة داع لتعليق تحقق آثار العزل على ثبوت علم الغير بحصوله .

٥٠ – ووجوب علم الغير بعزل النائب لامكان تحقق آثاره مقرر كذلك فى الشريعة الغراء اذ يقول شمس الأئمة فى « المبسوط » (ج ١٩ ص ٦٩) « وان كان رب الدين وكله بمحضر من المطلوب (أى المدين) يبرأ بالدفع حتى يأتيه الخبر أنه قد أخرجه من الوكالة لأن توكيله اياه بمحضر من المطلوب أمر له بالدفع اليه ثم الاخراج نهى له عن ذلك فبعد ما علم بالأمر لايثبت حكم النهى فى حقه مالم يعلم به » .

ومثله ما نجده فى « رد المحتار على الدر المختار » (ج ٤ ص ٤٣٤) : « وكله بقبض الدين ملك عزله إن بغير حضرة المديون وإن وكله بحضرته لا (يملك عزله) لتعلق حقه به كما مر الا اذا علم به (بالعزل) المديون فحينئذ ينعزل ثم فرع عليه بقوله فلو دفع دينه اليه أى الوكيل قبل علمه أى المديون بعزله يبرأ وبعده لا لدفعه الى غير وكيل » .

وفى « المغنى » (ج ٥ ص ٢٤٢) « والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله . لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة وربما باع الجارية فيطؤها المشترى أو الطعام فيأكله أو غير ذلك فيتصرف فيه المشترى ويجب ضمانه ويتضرر المشترى والوكيل » .

وواضح أن الحكمة التى دعت الى تقرير هذا الحكم فى الشريعة هى نفسها الحكمة التى صدرت عنها القاعدة فى القوانين الحديثة وهى حماية الغير حسنى النية ممن تعاملوا مع النائب غير عالمين بعزله .

٥١ – أما عن تعلق حق النائب أو الغير بالانابة فان الانابة قد تكون صادرة لا فى مصلحة الأصيل وحده وانما كذلك فى مصلحة النائب كأن ينيب المدين دائنه فى ادارة أملاكه وخصم ريعها من دينه أو فى مصلحة الغير كأن يتضمن عقد بيع ابتدائى انابة من البائع الذى يزمع التغيب فى سفر طويل الى شخص ثالث فى توقيع العقد النهائى فهذه الانابة تعتبر

صادرة فى مصلحة المشترى وفى أمثال هذه الحالات يستحسن تقييد حق الأصيل فى انهاء الانابة بعزل النائب وهذا ما تناولته المادة ٢٣ من المشروع ونصها :

« فى حالة الانابة الخاصة المقصود بها ضمان استعمال رخصة خولها الأصيل للنائب فى مصلحة هذا الأخير أو فى مصلحة شخص من الغير لا تنقضى الانابة بموت الأصيل ولا بفقد أهليته ولا باشهار افلاسه كما أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير اذا كان فى وسع هذا الأخير أن يلم — من واقع الانابة نفسها — بالغرض الذى صدرت من أجله » .

وظاهر أن حكم النص لا يقتصر على العزل وانما يمتد الى سائر أسباب انقضاء الانابة .

ومثل هذه القاعدة — بخصوص العزل — موجود فى قوانين سائر الدول ونجدها فى القانون المصرى فى المادة ٢/٧١٥ من القانون المدنى المصرى ونصها :

« على أنه اذا كانت الوكالة صادرة لصالح الوكيل أو لصالح أجنبى فلا يجوز للموكل أن ينهى الوكالة أو يقيدها دون رضاء من صدرت الوكالة لصالحه » .

ونجد القاعدة عينها — شاملة العزل وغيره من أسباب الانقضاء — فى الشريعة الاسلامية اذ يقول صاحب « رد المحتار على الدر المختار » :

« واعلم أن الوكالة اذا كانت لازمة لا تبطل بهذه العوارض فلذا قال الا الوكالة اللازمة اذا وكل الراهن العدل أو المرتهن ببيع الرهن عند حلول الأجل فلا ينعزل بالعزل ولا بموت الموكل وجنونه . قلت والحاصل كما فى البحر أن الوكالة ببيع الرهن لا تبطل بالعزل حقيقيا أو حكميا ولا بالخروج عن الأهلية بجنون وردة » (١) .

---

(١) حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٥

والأصل فى الشريعة الاسلامية — كمافى القوانين الحديثة وفى المشروع الموحد — أن للأصيل دائما الحق فى عزل نائبه فى أى وقت يشاء ولذا قالوا — فى خصوص الوكالة — أنها « من العقود الجائزة غير اللازمة حتى ملك كل من الموكل والوكيل العزل بلا رضا الآخر » [1] .

غير أن بعض فقهاء الشريعة أثاروا مسألة « الوكالة الدورية » وصورتها أن يقول الموكل للوكيل : « كلما عزلتك فانت وكيلى » وبذلك تتجدد للوكيل عقب كل عزل وكالة جديدة ، وذهب هؤلاء الفقهاء الى أن هذه الوكالة الدورية من شأنها جعل الوكيل بمنجاة من العزل لأنه كلما عزل تحقق شرط وكالة جديدة وهكذا يمكن التغلب على عدم لزوم الوكالة ويحرم الأصيل من حقه فى العزل ، وقد ساير هؤلاء الفقهاء فى هذا النظر بعض الشراح المحدثين [2] .

والواقع أن ماقيل من أن هذه " الوكالة الدورية " من شأنها امتناع عزل الوكيل غير صحيح وفى هذا يقول صاحب « شرح فتح القدير »[3] :

« رد المحققون قول بعض المشايخ فيما لو قال كلما عزلتك فأنت وكيلى لايملك عزله .. فانه يستلزم كون الوكالة من العقود اللازمة لا الجائزة

---

(١) شرح فتح القدير ج ٦ ص ١٠٢ . وانظر حاشية ابن عابدين ج ٤ ص ٤٣٣ حيث يقول « الوكالة من العقود الغير اللازمة .. فللموكل العزل متى شاء ما لم يتعلق به حق الغير » .

(٢) أنظر مصطفى رشيد بلجساى : « النيابة فى التصرفات القانونية » استانبول سنة ١٩٤١ (بالتركية) — ص ٩٦—٩٧ : « فى القانون (التركى) القديم لم يكن ثمة ما يمنع من صدور وكالة ثانية معلقة على شرط عزل الوكيل من وكالته الأولى وهذه نتيجة لقاعدة جواز تعليق الوكالة على الشرط ، وفى هذه الحالة اذا عزل الموكل وكيله فان الوكالة الثانية المعلقة على شرط العزل تتحقق ويكون للوكيل بمقتضاها أن يعقد التصرفات القانونية باسم الموكل وكانت الوكالة التى تصدر بهذه الصورة تسمى الوكالة الدورية » .

وشفيق شحاته : « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية » بند ١٨١ ص ١٥٦—١٥٧ حيث يعدد العقود غير اللازمة وأولها الوكالة ، ثم يردف « على أن الفقه العملى قد عالج عدم لزوم الوكالة عن طريق ما يعرف باسم الوكالة الدورية » .

(٣) ج ٦ ص ١٠٢

فالحق امكان عزله ثم اختلفوا فى تحقيق لفظ العزل فقيل أن يقول عزلتك عن جميع الوكالات فينصرف الى المعلق والمنجز ، وقيل لا يصح لأن العزل فرع قيام الوكالة وذلك انما يتحقق فى المنجز لأن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط فالصحيح أن يقول عزلتك عن الوكالة المنفذة ورجعت عن الوكالة المعلقة والرجوع عنها صحيح ».

كما نقرأ بالمعنى نفسه فى حاشية ابن عابدين قوله :

« قالوا لو قال الموكل للوكيل كلما عزلتك فانت وكيلى لا يملك عزله لأنه كلما عزله تجددت الوكالة له . . ولكن الصحيح اذا أراد عزله وأراد أن لا تنعقد الوكالة بعد العزل أن يقول رجعت عن المعلقة وعزلتك عن المنجزة لأن مالا يكون لازما يصح الرجوع عنه والوكالة منه »[1] .

٥٢– وكما تكون الانابة نفسها صريحة أو ضمنية كذلك يصح أن يكون العزل صريحا أو ضمنيا ولا يقيد من اطلاق هذه القاعدة فى العمل الا وجوب وصول العزل الى علم النائب وعلم الغير كما تقتضيه المادة ١٠٧ من القانون المدنى المصرى والنصوص المقابلة لها فى التقنينات الأخرى اذ قد تثور فى حالة العزل الضمنى صعوبات عملية فى اثبات علم النائب والغير المتعامل معه بذلك العزل الضمنى .

هذا وان صدور الانابة صريحة لا يقتضى وجوب كون العزل صريحا اذ لا ارتباط بين شكل الانابة وشكل العزل وهذا ما قررته محكمة استئناف مصر فى حكمها الصادر فى ٢٦ أكتوبر ١٩٤١ [2] الذى تقول فيه المحكمة :

« حصول التوكيل بالكتابة لا يمنع العزل بغير الكتابة اذا حصل هذا العزل بوقائع مادية لا شك فيها لأن الوقائع المادية يجوز اثباتها بالشهود والقرائن » .

---

(١) ج ٤ هامش ص ٤٣٣

(٢) المحاماة ٢٢–١٢٦–٣٧٠

واستخلاص العزل الضمني من الوقائع هو من اطلاقات قضاة الموضوع يستهدون فيه بظروف كل حالة على حدة فلا يمكن وضع قاعدة عامة بصدده ولا أدل على ذلك من اختلاف الأحكام القضائية باختلاف وقائع القضايا التى صدرت فيها فحكم محكمة استئناف مصر سالف الذكر قرر أنه :

« اذا ثبت قطعا من شهادة شهود الطرفين أن الموكل الذى وكل وكيلا لادارة أطيانه جاء بعد سنة أو سنتين.وأدار أطيانه وأجرها بنفسه وحصل أجرتها بنفسه يعتبر هذا عزلا ضمنيا » .

بينما تقرر محكمة استئناف مصر نفسها فى حكمها الصادر فى ٢٤ نوفمبر سنة ١٩٤٠ (١) :

« انه وان كان عزل الموكل للوكيل يصح أن يحصل ضمنا الا أنه يجب أن يثبت ذلك قطعا ولا يصح استنتاجه من ظروف لا تدل عليه حتما . وليس هناك ما يمنع الموكل من أن يأخذ مباشرة ممن استأجر من وكيله الأجرة المستحقة عليه كلها أو بعضها مع بقاء الوكالة قائمة اذ لا يمكن اعتبار ذلك عزلا كليا أو جزئيا للوكيل » .

٥٣ – ٢ – الانعزال .

كما يستطيع الأصيل انهاء النيابة بارادته المنفردة يستطيع النائب كذلك بارادته المنفردة وضع حد لنيابته وقد تناول المشروع الموحد النص على ذلك المادة ٢٤ منه التى تقرر حق النائب فى النزول عن الانابة ولكنها توقف تحقق آثار ذلك النزول على علم الغير به كما هو الشأن فى عزل الأصيل للنائب .

---

(١) المحاماة ٢١–٢٥٧–٥٧٢ ، والمجموعة الرسمية ٤١–٢١٣–٥٥٢

ثم تعقب المادة ٢٤ على هذا الأصل بايراد استثناءات ثلاثة ينتج فيها اعتزال النائب أثره فورا بلا توقف على ثبوت علم الغير به وهذه الاستثناءات هى عينها التى عددتها المادة ٢١ بخصوص عزل الأصيل للنائب والحكمة فى الحالين واحدة وهى افتراض علم الغير بواقعة الانعزال ما دام أنها أبلغت اليهم بالطريقة نفسها التى أبلغت بها اليهم الانابة .

هذا وان انهاء النائب لنيابته بارادته المنفردة لا يعفيه — فيما نرى — من الالتزام الذى نصت عليه المادة ١٨ من المشروع الموحد (المقابلة للمادة ١/٧١٧ من القانون المدنى المصرى) [1] وهو الوصول بالعمل الى حالة ينتفى معها الضرر على الأصيل ولم تنص المادة ٢٤ من المشروع الموحد على ذلك صراحة غير أنه لا جدال فى انطباق ذلك الحكم على حالة الانعزال كانطباقه على سائر أسباب انقضاء الانابة بل ان انطباقه فى حالة الانقضاء الراجع الى ارادة النائب المنفردة هو من باب أولى وأحرى لأن حالات الانقضاء التى تناولتها المادة ١٨ من المشروع انما ترجع الى موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه أى الى أمور لا يد فيها للنائب فاذا التزم النائب مع ذلك بالوصول بالعمل الى حال ينتفى معها الضرر كان التزامه بذلك فى حالة اختياره انهاء النيابة بارادته أكثر تمشيا مع علة الحكم وحبذا لو كان نص المادة ٢٤ من المشروع قد تناول الاشارة الى ذلك صراحة حتى يرتفع كل نزاع حول هذه النقطة .

---

(١) ونصها « على أى وجه كان انتهاء الوكالة يجب على الوكيل أن يصل بالأعمال التى بدأها الى حالة لا تتعرض معها للتلف » . وقارن ما ورد فى « نهاية المحتاج » (ج ٤ ص ٣٩) « لو علم الوكيل أنه لو عزل نفسه فى غيبة موكله استولى على المال جائر حرم عليه العزل الى حضور موكله أو أمينه على المال » .

ملحق

ترجمة نصوص مشروع القانون الموحد فى شأن النيابة

الذى أعده " المعهد الدولى لتوحيد القانون الخاص " سنة ١٩٥٥

تعريفات

مادة ١ — يقصد فى تطبيق هذا القانون بالمصطلحات الآتية المعانى الموضحة فيما يلى :

النائب : شخص يبرم لحساب وباسم شخص آخر تصرفات قانونية ، ويقصد بابرام التصرفات القانونية عقد العقود وتلقى التعبيرات عن الارادة المنتجة لآثار قانونية وقبول الوفاء أو التسليم وبصفة عامة الدخول بأى وصف كان فى تصرف قانونى.

الأصيل : شخص يبرم النائب لحسابه وباسمه تصرفات قانونية

الغير : شخص يبرم معه النائب تصرفات قانونية باسم الأصيل

الانابة : تصرف قانونى بمقتضاه يخول شخص لآخر صفة النائب أو يقر له بتلك الصفة أو يخوله أو يقر له بوضع يستلزم تلك الصفة

الانابة العامة : هى التى تتناول مجموعة من التصرفات أو الأعمال لا تخصص الا بنوعها

الانابة الخاصة : هى التى تتناول تصرفا أو عدة تصرفات أو أعمال معينة

القانون واجب التطبيق : قانون البلد الذى ينعقد له الاختصاص التشريعى طبقا لقواعد القانون الدولى الخاص

§ ١ — تحديد القانون

مادة ٢ — ينظم هذا القانون النيابة الناشئة عن انابة تصدر أو يقربها لشخص بقصد ابرام تصرفات باسم شخص آخر فى المسائل الداخلة فى نطاق القانون الخاص

ويخرج عن نطاق هذا القانون :

١ — النيابة فى روابط الاسرة

٢ — النيابة عن ناقصى الأهلية بواسطة ممثليهم القانونيين أو القضائيين

٣ — النيابة عن الخصوم أمام القضاء بواسطة المحامين أو وكلاء الدعاوى أو المدافعين أمام المحاكم .

وتخضع العلاقة بين الأصيل والنائب للاتفاقات التى تكون قد أبرمت بينهما وللقوانين التى تحكم تلك الاتفاقات مع عدم المساس بأحكام هذا القانون .

§ ٢ — نشأة النيابة

مادة ٣ — كيفية صدور الانابة :

الانابة تعبير صريح عن ارادة الأصيل — مكتوبا أو شفويا — وقد تستخلص الانابة أيضا من الظروف .

ومع ذلك فاذا كان محددا للانابة شكل معين طبقا لقانون البلد الذى سيبرم فيه النائب التصرف المناب فيه فان الانابة لا تقع صحيحة الا اذا تمت فى الشكل المذكور .

مادة ٤ — الانابة المستندة الى وضع واقعى :

تثبت صفة النيابة لشخص عن آخر متى وجد الأول برضا الثانى فى وضع من شأنه بمقتضى القانون أو العادات أن تكون له مكنة التصرف باسم ذلك الشخص الآخر .

مادة ٥ — الأهلية :

الشخص الذى تصدر عنه الانابة يجب أن تتوفر فيه الأهلية القانونية لابرام التصرف المناب فيه ولكن يكفى لكى ينتج التصرف أثره بين الأصيل والغير أن يكون النائب متمتعا بأهلية التمييز وان لم تتوفر فيه الأهلية اللازمة لابرام ذلك التصرف باسمه شخصيا .

مادة ٦ — انابة النائب غيره :

لا يجوز للنائب أن ينيب عنه غيره الا بترخيص صريح من الأصيل

ومع ذلك فتكون انابة النائب غيره جائزة ولو بغير الترخيص الصريح المنوه عنه وذلك فى الأحوال الثلاث الآتية :

١ — اذا كان الحق فى انابة الغير متفقا وحكم القانون فى البلد الذى يبرم فيه النائب التصرف المناب فيه طبقا للانابة .

٢ — اذا كان الحق فى انابة الغير يخلص ضرورة من طبيعة التصرف المذكور .

٣ — اذا تعذر على النائب نتيجة لظرف أو واقعة خاصة به أن يبرم التصرف المناب فيه وكانت مصلحة الأصيل تقتضى عدم تأجيل ابرام التصرف .

وفى الأحوال التى تكون انابة الغير فيها جائزة يعتبر نائب النائب نائبا مباشرا عن الأصيل

§ ٣ — مدى النيابة

مادة ٧ — التصرفات التى يمكن أن يجريها النائب :

اذا لم تذكر فى الانابة التصرفات التى يخول للنائب فى ابرامها فيعتبر النائب مخولا له فى ابرام جميع التصرفات الضرورية لتحقيق الغرض الذى من أجله صدرت الانابة .

وفى حالة الانابة العامة اذا كان قانون البلد الذى سيباشر فيه النائب النشاط المناب فيه يشترط تسجيل الانابة أو النشر عنها فى أشكال معينة فان ذلك القانون هو الذى يحدد التصرفات التى يجوز للنائب اجراؤها

مادة ٨ – مدى الانابة المستندة الى وضع واقعى :

فى حالة الانابة المستندة الى وضع واقعى يكون للنائب أن يجرى باسم الأصيل جميع التصرفات التى يستتبعها عادة الوضع الذى يوجد فيه النائب .

واذا عهد شخص الى آخر بادارة منشأة فان لهذا الأخير أن يقوم بكل التصرفات التى تقتضيها عادة تلك الادارة .

مادة ٩ – الانابة الجماعية :

اذا صدرت الانابة لعدة أشخاص فى صك واحد من أجل ابرام نفس التصرف باسم الأصيل افترض وجوب اجتماعهم على ابرام ذلك التصرف .

§ ٤ – آثار التصرف الذى يبرمه النائب باسم الأصيل

مادة ١٠ – حدود الانابة :

اذا أبرم النائب تصرفا باسم الأصيل فى حدود نيابته فان هذا التصرف ينتج آثاره كلها مباشرة فيما بين الأصيل والغير .

واذا تجاوز النائب حدود انابته فان الأصيل لا يلتزم بتصرف النائب وكل تقييد يرد على الانابة لا يحتج به على الغير الا اذا كانوا قد علموا به أو كان يتحتم أن يعلموا به فى الوقت الذى أجرى فيه النائب التصرف . ومع ذلك فاذا كان الغير لم يعلم بوجود الانابة الا عن طريق قول النائب فان الأصيل لا يلتزم بأى تصرف يجريه النائب ويجاوز حدود الانابة

واذا وجه شخص الى الغير تعبيرا عن الارادة باسم شخص آخر فيجوز لهذا الأخير أن يطلب الاطلاع على سند الانابة واذا كانت الانابة شفوية يجوز له أن يتطلب تأكيدوجودها من الأصيل ، واذا لم يجب الغير الى طلبه هذا فى المهلة المعقولة فلا يحتج عليه بالتعبير عن الارادة الصادر عن النائب

ولا يجوز للغير أن يطلب ما تقدم اذا كانت الانابة منشورا عنها بالطريق الذى رسمه القانون أو كانت مستمدة من وضع واقعى يشغله النائب أو اذا كان الغير قد سبق أن أقر بصفة النائب فى التصرف باسم الأصيل .

مادة ١١ – التصرف المبرم باسم شخص غير معين :

اذا كان المتعاقد قد صرح وقت ابرام العقد بأنه يبرمه لحساب شخص آخر دون أن يذكر اسم هذا الأخير ودون أن تدل الظروف على شخصيته فان المتعاقد يعتبر نائبا عن شخص يجرى

تعيينه فى وقت لاحق على التعاقد وينبغى على المتعاقد فى هذه الحالة أن يكشف للغير عن شخصية الأصيل فى المهلة المتفق عليها أو فى مهلة معقولة ان لم يتفقا على المهلة .

فاذا كان هذا الأخير قد أناب المتعاقد فى التصرف باسمه أو اذا قبل فى المهلة المشار اليها العقد الذى أبرمه المتعاقد باسمه أنتج العقد آثاره مباشرة بين الأصيل وبين الغير منذ وقت ابرامه .

فاذا تخلفت الشروط التى تقررها الفقرة السابقة أنتج العقد آثاره بين الغير وبين من تعاقد معه .

مادة ١٢– عيوب الارادة :

لتحديد قابلية التصرف الذى اجراه النائب للابطال من أجل عدم توفر الرضا أو من أجل تعيبه وكذا لتحديد أثر العلم أو الجهل بوقائع معينة على ذلك التصرف يتعين الاعتداد اما بشخص النائب واما بشخص الأصيل واما بالشخصين معا تبعا لما كان لكل منهما أو لكليهما من تأثير فى ابرام التصرف .

مادة ١٣– الاقرار :

التصرف الذى يبرمه شخص لا صفة له باسم شخص آخر ينتج فى حالة اقراره الآثار نفسها التى كان ينتجها لو أبرم بموجب انابة .

والاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان التصرف مما يمكن ابرامه وقت صدور الاقرار ، واذا كان التصرف قد أبرم باسم شخص معنوى قبل تأسيسه فالاقرار لا يقع صحيحا الا اذا كان ممكنا طبقا للقانون الذى يحكم تأسيس الشخص المعنوى .

وتنطبق على الاقرار القواعد الموضحة فى المادة الثالثة بخصوص الانابة .

ويمكن للغير ولمن تعاقد معه كنائب أن يرجعا فى العقد قبل أن يتصل بعلم من كان يصح له اقراره .

وللغير الحق فى أن يحدد للأصيل مهلة معقولة للاقرار .

وللغير الحق كذلك فى عدم قبول الاقرار الجزئى .

ولا يمكن الرجوع فى الاقرار .

ورخصة الاقرار تنتقل الى ورثة الأصيل .

وتنطبق أحكام الفقرات السابقة على اقرار الأصيل لتصرفات النائب التى تجاوز حدود انابته .

مادة ١٤– مسئولية النائب عن نقص الانابة :

الشخص الذى يتعامل مع الغير بوصفه نائبا يكون مسئولا قبل الغير عن الضرر الذى سببه له بتعامله معه من غير انابة أو خارج حدود انابته أو بعدم احاطة الغير علما بالحدود المذكورة .

ومع ذلك فلا محل لهذه المسئولية اذا كان الغير يعلم أو كان يجب أن يعلم انتفاء الانابة أو تجاوز النائب حدود انابته .

§ ٥ — انقضاء النيابة

مادة ١٥— موت الأصيل :

موت الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد موت الأصيل تنفذ فى تركة هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بالوفاة فى وقت ابرام تلك التصرفات . واذا كان الأصيل شخصا معنويا فان انقضاء شخصيته ينهى النيابة بالطريقة نفسها .

مادة ١٦— فقد أهلية الأصيل :

فقد أهلية الأصيل فقدا تاما ينهى النيابة .

واذا فقد الأصيل أهليته جزئيا فان الانابة لا ترتب أثرا الا فى حدود ما يدخل فى أهلية الأصيل المحدودة .

ومع ذلك فتصرفات النائب وان كانت حاصلة بعد فقد أهلية الأصيل تنفذ فى حق هذا الأخير اذا كان الغير لا يعلم بهذا الظرف فى وقت ابرام تلك التصرفات .

مادة ١٧— افلاس الأصيل :

اشهار افلاس الأصيل ينهى النيابة .

ومع ذلك فتصرفات النائب الحاصلة بعد اشهار الافلاس صحيحة حتى فى مواجهة مجموعة الدائنين اذا كانت تصح لو كانت قد حصلت من الأصيل نفسه .

مادة ١٨— استمرار النيابة :

يظل النائب قائما بما أنيب فيه رغم موت الأصيل أو فقد أهليته أو اشهار افلاسه وذلك لحساب الأصيل أو خلفائه أو مجموعة الدائنين كلما كان انقضاء النيابة من شأنه الاضرار بالأصيل أو بخلفائه أو بمجموعة الدائنين .

مادة ١٩— موت وفقد أهلية وافلاس النائب :

تنقضى النيابة :

١ — بموت النائب أو بانقضاء الشخصية المعنوية اذا كان شخصا معنويا .

٢ — بفقد النائب للأهلية التى كان متمتعا بها وقت صدور الانابة .

٣ — باشهار افلاس النائب .

مادة ٢٠- سحب الانابة أو تقييدها :

مع مراعاة الأحكام التى تتضمنها المواد التالية يستطيع الأصيل فى أى وقت أن يعزل النائب أو يقيد من الانابة .

مادة ٢١- عزل النائب أو تقييد الانابة لا ينتج آثاره قبل الغير الا من الوقت الذى يعلم به هؤلاء .

ومع ذلك فان عزل النائب ينتج دائما أثره بغير حاجة إلى علم الغير فى الحالات الآتية :

١ - اذا كانت الانابة قد ثبتت بوثيقة صادرة من الأصيل الى النائب وتم سحبها منه أو الغاؤها بالاجراءات المقررة فى قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ - اذا كانت الانابة ناشئة عن وضع يشغله النائب وانتهى شغله لذلك الوضع .

٣ - اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة فى الصحف وتم الغاؤها بالطريقة عينها .

واذا حدث فى المفاوضات بين النائب والغير أن أعيدت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها الى الأصيل أو أعدمت بالاتفاق بين الأصيل والنائب فان ذلك لا يعتبر فى حكم سحب الانابة بالنسبة للغير حسنى النية فى كل ما يتصل بالتصرفات التى كانت المفاوضات جارية بشأنها ما لم يكن الغير قد علموا بتلك الواقعة .

مادة ٢٢- سحب الانابة التى لم يعلم بها الغير الا عن طريق النائب :

اذا لم يكن الغير قد علم بوجود الانابة الا عن طريق قول النائب فان سحب تلك الانابة ينتج أثره من وقت ابلاغ النائب به بغير توقف على علم الغير بذلك ما لم يكن الأصيل بسابق مسلكه قد أكد وجود الانابة .

ويكون النائب مسئولا تجاه الغير عن الضرر الذى يتسبب فيه من جراء عدم اخطاره الغير بسحب الانابة .

مادة ٢٣- الانابة الصادرة لمصلحة النائب أو الغير :

فى حالة الانابة الخاصة المقصود بها ضمان استعمال رخصة خولها الأصيل للنائب فى مصلحة هذا الأخير أو فى مصلحة شخص من الغير لا تنقضى الانابة بموت الأصيل ولا بفقد أهليته ولا باشهار افلاسه كما أن عزل النائب أو تقييد مكنته لا يكون له أثر قبل الغير اذا كان فى وسع هذا الأخير أن يلم - من واقع الانابة نفسها - بالغرض الذى صدرت من أجله .

مادة ٢٤- آثار اعتزال النائب :

لا ينتج اعتزال النائب النيابة أثره فى مواجهة الغير الا من الوقت الذى يعلم فيه هؤلاء به .

ومع ذلك فان الاعتزال ينتج دائما أثره بغير حاجة الى علم الغير به فى الحالات الآتية :

١ – اذا كانت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها قد ألغيت بالاجراءات التى يقررها قانون البلد الذى يباشر فيه النائب نشاطه .

٢ – اذا كانت الانابة مستمدة من وضع واقعى يشغله النائب ثم كف النائب عن شغل هذا الوضع .

٣ – اذا كانت الانابة مسجلة أو منشورة فى الصحف وتم اعلان الاعتزال أو النشر عنه بالطريقة عينها .

واذا حدث فى خلال المفاوضات بين النائب والغير أن أعيدت الوثيقة المنشئة للانابة أو المثبتة لها الى الأصيل أو أعدمت بالاتفاق بين الأصيل والنائب فان ذلك لا يعتبر فى حكم الاعتزال بالنسبة للغير حسنى النية فى كل ما يتصل بالتصرفات التى كانت المفاوضات جارية بشأنها ، ما لم يكن الغير قد علموا بتلك الواقعة .

§ ٦ – نطاق تطبيق القانون

مادة ٢٥– ينطبق هذا القانون على التصرفات التى يجريها النائب فى اقليم دولة غير الدولة التى يوجد فيها الموطن العادى للأصيل أو مركزه الرئيسى أو المنشأة الخاصة بالأصيل التى يتعلق بنشاطها التصرف .

وفى حالة ابرام تصرف باسم شخص غير معين طبقا للمادة ١١ من هذا القانون فان المركز الرئيسى أو المنشأة التى ينبغى الاعتداد بمكان وجودها هى تلك الخاصة بالنائب .

وهذا القانون يستتبع استبعاد تطبيق القوانين الوطنية فى المواضيع التى ينظمها الا فى الحالات التى ينص فيها هذا القانون على تطبيق تلك القوانين الوطنية ؛ واذا عرضت صعوبات بشأن المواضيع التى ينظمها هذا القانون ولم يوجد فيه نص صريح يحكمها فان حلولها ينبغى أن تستمد من المبادىء العامة التى استوحاها القانون .

ومع هذا فيجوز أن تتفق دولتان أو أكثر فى البروتوكول النهائى على استبعاد تطبيق القانون الموحد فى العلاقات التى تنشأ بين أصيل مقيم عادة فى اقليم أحدها وبين شخص من الغير أبرم عقداً مع نائب فى اقليم الدولة الأخرى أو احدى الدول الأخرى وذلك بالنظر الى أن بين تشريعات تلك الدول – فى تقديرها – من التماثل فى المواضيع التى ينظمها هذا القانون ما يجعل تطبيقه غير ذى جدوى .

ويلتزم الأطراف :

(ا) بالعادات التى يحيلون اليها صراحة أو ضمنا .

(ب) بالعادات التى تعتبر بصفة عامة منطبقة على الأشخاص الذين فى وضعهم .

وفى حالة استعمال عبارات أو مطبوعات مما يستعمل فى التجارة فان المحكمة تفسرها طبقا للعادات التجارية .

تم بحمد الله ، طبع هذه المجلة بمطبعة
جامعة الاسكندرية ، فى يوم الخميس ١١ من
جمادى الأولى سنة ١٣٧٩ هجرية ، الموافق
١٢ من نوفمبر سنة ١٩٥٩

على محمد السهوارى
مدير مطبعة جامعة الاسكندرية

BIBLIOGRAPHIE

A. — **REVUES CITÉES :**

Revue de Droit Maritime Comparé (Dor).

Le Droit Maritime Français. Supplément à la Revue de Droit maritime Comparé (Dor sup.).

Le Droit Maritime Français (D.M.F.).

B. — **OUVRAGES ET ARTICLES DE REVUES :**

Bertrand de La Grassière, Le connaissement "Clean on board", D.M.F. 1953, p. 183.

L'International Shipping Conference de Londres 1924, Dor, t. 7, p. 29.

J. Jaubert, Exposé au Congrès de l'Union Internationale d'Assurance Maritime, Copenhague (Septembre 1957). Commission "Connaissements Nets".

G. Marais, Du crédit documentaire, 2e éd., Paris 1929.

G. Marais, Les Transports internationaux de marchandises par mer et la jurisprudence en droit comparé, Paris 1949.

Marchegay, La lettre de garantie, Conférence d'Amsterdam du Comité Maritime International (1er — 4 août 1927), Dor, t. 16, p. 51.

Note de jurisprudence, Dor, t. 12, p. 131.

F. Sauvage, Manuel pratique du transport des marchandises par mer, Paris, 1955.

Moustafa Kamal Taha, Principes de droit maritime, Alexandrie, 1952.

Moustafa Kamal Taha, L'individualisation de la marchandise dans le connaissement, Gazette Fiscale, Commerciale et Industrielle, vol. 3, No 27—28 (nov. décembre 1952), p. 569.

lettre de garantie devrait être declarée nulle et ne saurait produire aucun effet juridique; car elle est en opposition profonde avec le texte et l'esprit de la Convention internationale de 1924 sur les connaissements.

A son actif, nous ne pouvons inscrire qu'une utilité pratique, tout à fait relative, et qui provient de l'attitude des banquiers donneurs de crédit sur connaissement. Mais cette utilité pratique serait réduite à néant si l'on précisait les réserves permises qui n'enlèvent pas au connaissement son caractère "net". Ce système, qu'étudie actuellement la Chambre de Commerce Internationale, permettrait d'atteindre les avantages que l'on rechercherait par la lettre de garantie, sans choquer les principes et tout en satisfaisant mieux les exigences de la vie commerciale.

24. — Nous avons montré aussi que la pratique des lettres de garantie lèse surtout les assureurs qui vont payer au destinataire l'indemnité d'assurance correspondant aux avaries ou manquants constatés à destination sur la foi du connaissement net. Or il existe, en droit égyptien, des dispositions qui permettent aux assureurs de se défendre facilement contre les lettres de garantie, ce qui peut aller à l'encontre des intérêts de ceux mêmes qui directement ou indirectement les ont exigées ou acceptées.

D'abord, lorsque la lettre de garantie est découverte, l'assureur serait fondé dans ce cas à demander la nullité de la police pour réticence en vertu de l'article 190 du Code de commerce maritime égyptien[1].

D'autre part, la délivrance de la lettre de garantie constitue une faute délictuelle du transporteur, ce qui permet d'écarter l'application des règles ordinaires régissant le contrat de transport. Le transporteur perd donc le droit d'invoquer exonérations et limitations prévues par le connaissement. La lettre de garantie, au lieu d'améliorer sa situation, l'aggrave sensiblement.

Et cette même conception de la faute délictuelle permet de rendre le transporteur et le chargur solidairement responsables envers l'assureur du préjudice subi par ce dernier.

Cette théorie de la faute délictuelle a reçu — comme on a vu précedemment — l'adhésion de la Cour de Cassation française, dans le cas, il est vrai, d'une fraude très nettement caractérisée et tellement grave qu'elle apparaissait bien comme se détachant du contrat de transport et constituant un délit civil distinct[2].

VII

CONCLUSION

25. — Parvenus au terme de cette étude, il nous suffit d'en rappeler brièvement les résultats. Nous estimons que, dans tous les cas, la

1. Cet article prononce la nullité de l'assurance pour "toute réticence, toute fausse déclaration de la part de l'assuré, toute différence entre le contrat d'assurance et le connaissement, qui diminueraient l'opinion du risque et en changeraient le sujet . . . même dans le cas où la réticence, la fausse déclaration ou la différence n'auraient pas influé sur le dommage ou la perte de l'objet assuré".

2. Voir suprà No. 10.

23. — Nous avons montré que ce sont les banquiers qui, sans le vouloir, sont la cause de la naissance et du développement de la lettre de garantie, puisque c'est leur refus d'accepter un connaissement avec réserve qui a fait imaginer la pratique dont on se plaint aujourd'hui. Il faudrait donc, pour rendre inutiles toutes les lettres de garantie, préciser les *réserves permises* et prévoir que ces réserves n'empêchent pas le connaissement d'être un connaissement net et ne permettent pas aux banques de le refuser. Cette solution présente l'avantage de ne rien laisser cacher, et personne ne sera donc plus trompée. C'est ce dont est chargée la Commission de pratiques bancaires de la Chambre de commerce internationale.

Cette commission, au cours des réunions qu'elle a tenues à Paris en 1950 et auxquelles participaient les délégués de quinze pays, a adopté la définition suivante :

"Est net le connaissement qui ne porte pas de clauses surajoutées constatant expressément l'état défectueux de la marchandise ou de son conditionnement".

Elle a précisé que les connaissements seront considérés comme nets même s'ils contiennent des clauses :

(a) qui, sans constater expressément que la marchandise et/ou le conditionnement sont défectueux suggèrent que tel pourrait être le cas, par exemple : caisse de réemploi, fûts usagés, etc.;

(b) qui dégagent la responsabilité du transporteur pour les risques tenant à la nature de la marchandise et/ou du conditionnement;

(c) par lesquelles le transporteur déclare ignorer le contenu, le poids, les mesures, la qualité ou les spécifications de la marchandise[1].

Ainsi, nombre de réserves sont admises n'enlevant pas au connaissement son caractère "net"; et même celles indiquant par exemple, caisses de seconde main, fûts usagés, etc., parce qu'elles n'établissent pas que les marchandises ou leurs emballages ne sont pas satisfaisants.

---

1. Voir : D.M.F., 1950, p. 310.

20. — Il n'est pas douteux, en conséquence, que la lettre de garantie doive rester sans effet à l'égard du destinataire ou des tiers porteurs du connaissement et qu'elle devrait également être frappée de nullité entre le transporteur et le chargeur lui-même.

21. — Quant à la distinction faite par l'opinion contraire entre la lettre de garantie saine et la lettre de garantie frauduleuse qui seule sera considérée nulle, il faut bien avouer que c'est une distinction insoutenable ; car il est difficile parfois de déterminer où commence la fraude ; d'autant plus que la bonne foi des deux parties, chargeur et transporteur, est toujours supposée.

En vain invoque-t-on les nécessitées commerciales pour justifier la lettre de garantie, car le connaissement dans ce cas ne présentant par lui-même aucune sincérité, les tiers seront trompés d'une façon presque certaine. "Or, il n'existe pas de nécessités commerciales, si intéressantes qu'on veuille les supposer, qui justifient l'organisation d'une tromperie quelconque vis à vis des tiers" [1].

La nullité radicale de la lettre de garantie même entre les parties est donc la seule solution qui, juridiquement et moralement, soit exacte.

VI

LES SOLUTIONS PRATIQUES

22. — On a proposé de nombreuses solutions pratiques pour règlementer l'usage des lettres de garantie. Cela ne se pose évidemment que pour ceux qui, tout en en prohibant sévèrement l'usage frauduleux, seraient cependant disposés à en autoriser la pratique de bonne foi.

Nous n'entendons pas entrer ici dans une exposition de ces solutions. Puisque nous avons proclamé la condamnation absolue de toutes les lettres de garantie, il fallait rejeter toutes les solutions tendant à en réglementer l'usage. Mais, pour que cette condamnation soit suivie d'effet, il fallait chercher les moyens propres à rendre inutiles toutes les lettres de garantie.

---

1. Marais, op. cit., p. 106.

18. — Un des buts principaux poursuivis par la Convention internationale de 1924 sur les connaissements a été de réagir contre les abus des clauses de non responsabilité insérées dans les connaissements. Mais il y a une autre préoccupation, celle de restaurer la foi due au connaissement et de faire du connaissement un document d'identification aussi exacte que possible de la marchandise, en obligeant le transporteur à y décrire la marchandise telle qu'elle lui est présentée, sauf à formuler, s'il y a lieu, des réserves qui devront figurer sur le connaissement lui-même (article 3, al. 3). Par son seul examen, le destinataire doit pouvoir être renseigné sur la nature et sur la valeur de la marchandise qui lui est adressée. Il aura ainsi un titre entre les mains qui lui permettra d'exercer un recours contre le transporteur en cas de divergence entre la marchandise telle qu'elle est décrite au connaissement et celle qui lui est délivrée. De même les banquiers, donneurs de crédit sur documents seront ainsi renseignés sur la valeur du gage contre lequel ils consentiront des avances.

Or, grâce à la pratique des lettres de garantie, il n'en est pas toujours ainsi. Le connaissement loin de relater avec sincérité l'état exact de la marchandise, n'en reproduit souvent la description que d'une façon parfois assez trompeuse.

Nous estimons donc, avec la doctrine française, que dans tous les cas, les lettres de garantie devraient être déclarées nulles et de nul effet, en tant qu'elles sont destinées à détruire la force probante du connaissement [1].

19. — Il y a, d'ailleurs, une autre raison. En ne révélant pas au destinataire, par des réserves appropriées, un état de fait ou simplement un doute qui lui a paru suffisamment sérieux pour motiver une lettre de garantie, et en se faisant ainsi garantir lui-même les conséquences de son silence, le transporteur essaie incontestablement de s'exonérer de ses obligations relatives à la constatation du chargement. Une pareille convention doit donc être frappée de nullité comme ayant directement ou indirectement pour objet de soustraire le transporteur aux obligations que la Convention met à sa charge (Article 3, No. 8, de la Convention) [2].

---

1. En ce sens : Marais, Du crédit documentaire, 2me. édit., p. 106; Ripert, t. II, 4ème édit., 1952, No. 1471 (M. Ripert modifie dans cette édition la solution qu'il a donnée dans sa 3e édition avant la loi du 2 avril 1936 qui a fait introduire la convention de 1924 dans la législation française).

2. En ce sens; Francis Sauvage, Manuel pratique du transport des marchandises par mer, Paris 1955, No. 84.

du transporteur, ou parce qu'il y a changement d'une marchandise de mer nouvelle que le capitaine ne connaît pas et qu'il hésiterait à accepter sans la lettre, ou encore pour éviter au chargeur des réserves injustifiées inserées au connaissement le privant des avantages du crédit documentaire.

Il ne faut pas s'exagérer, ajoutent les partisans de cette tendance, les dangers de fraude auxquels peut donner lieu la lettre de garantie; car la lettre n'offre pas à l'armateur une garantie complète. En effet, il se peut que le connaissement net entraîne sa responsabilité envers le destinataire au cas ou les clauses d'exonération du connaissement sont inapplicables. Il se peut également que ces clauses du connaissement soient écartées en raison de la fraude. Il en résulte que dans les deux cas l'armateur sera condamné envers le destinataire. Il se retournera alors contre le chargeur qui lui a donné sa garantie. Mais celui-ci peut être devenu insolvable dans l'intervalle. Il peut même se refuser à honorer sa signature et il n'est pas sûr que le tribunal auquel l'armateur s'adressera ne le déboute pas purement et simplement en proclamant la nullité des lettres de garantie en raison de leur caractère immoral.

Si la lettre de garantie peut léser certains intérêts, ce sont ceux des assureurs. Sans défendre la lettre, les assureurs, qui sont à la disposition des chargeurs, ne peuvent nier l'utilité d'une pratique qui sert leur clientèle. Au surplus, les assureurs et les armateurs anglais ont cherché à supprimer les inconvénients des lettres de garantie, les armateurs prenant l'engagement de communiquer la lettre aux assureurs en cas de litige. On suggère de généraliser cette pratique sur le plan international.

Les partisans du statu quo ne se placent pas, comme on vient de le voir, sur le terrain de la moralité ou des théories, mais sur le plan de la réalité qui est plus complexe.

V

NOTRE POINT DE VUE

17. — Nous n'avons pas, jusqu'à présent, pris nettement parti entre les deux thèses contradictoires que nous nous sommes contentés d'analyser aussi impartialement que possible. Nous allons, maintenant, prononcer notre jugement sur le problème de la lettre de garantie en nous plaçant uniquement sur le plan juridique.

mission qui étudierait les diverses suggestions qui lui ont été ou qui seraient faites dans le même but au cours des délibérations de la Conférence ou autrement et ferait un rapport à une prochaine session".

La question se trouve donc ajournée par suite de la résolution votée par la Conférence d'Amsterdam.

15 — Au cours de ces dernières années la question des lettres de garantie est venue en discussion. Au sein de la Chambre de Commerce Internationale un groupe spécial de travail a été constituée. Les conclusion de la réunion des 26 et 27 novembre 1957 sont formelles:

"La Chambre de Commerce Internationale (C.C.I.) s'est préoccupée, dans une résolution en 1929, de la pratique qui consiste en la délivrance par le chargeur au capitaine d'une lettre de garantie en échange d'un connaissement net de certaines réserves quant à l'état de la marchandise ou de l'emballage; condamnant cette pratique. La C.C.I. a rappelé que "le connaissement étant le document essentiel de toute transaction commerciale, devrait donner une description exacte de l'état et de la condition apparente des marchandises; en d'autres termes, il est d'une importance vitale, dans l'intéret du commerce honnête, que les connaissements ne donnent pas une fausse description de la condition ou de la quantité du chargement, c'est-à-dire des marchandises et/ou de l'emballage".

Tout en condamnant cette pratique, le Groupe de Travail s'efforce de découvrir les moyens propres à la rendre inutile et recommande d'orienter les travaux actuels de la C.C.I. dans cette direction".

B — LA TENDANCE LIBERALE

16. — A côté de la tendance intransigeante que nous venons d'exposer et qui condamne la lettre de garantie, une autre tendance, libérale, s'est manifestée au sein des Congrès internationaux, et qui estime que la pratique des lettres de garantie ne devait pas être interdite en elle-même, mais que seul l'usage frauduleux devait en être reprimé.

Les partisans de la lettre de garantie montrent qu'elle est aujourd'hui une nécessité qui est née des besoins mêmes du commerce international, soit pour éviter une trop longue vérification de l'état de la marchandise, ou parce qu'il s'agit d'un mode d'emballage ignoré

14. — La question a été portée de nouveau devant la Conférence du Comité Maritime International qui s'est tenue à Amsterdam du Ier au 4 août 1927. Le point de vue français a été présenté dans un rapport de M. Francis Sauvage dont les conclusions étaient ainsi formulées :—

"Nous estimons qu'il y a lieu de faire décider par une convention internationale :

(a) Que les lettres de garantie ou toutes autres réserves sur l'état de la marchandise qui ne figurent pas sur le titre de transport lui-même sont nulles et de nul effet, même dans les rapports entre chargeurs et transporteurs.

(b) Que, dans tous les cas où la délivrance d'une lettre de garantie a un but nettement frauduleux, elle constitue une faute, sinon délictuelle, tout au moins lourde et dolosive, permettant aux réceptionnaires d'agir en réparation du préjudice causé même en dehors des délais qui résultent des règles ordinaires du transport".

Au résultat de la discussion très vive qui s'institua sur cette question, la Conférence vota la résolution suivante :—

"La Conférence considérant que la foi due au connaissement et sa valeur comme document représentant la marchandise sont essentiels au commerce international.

"Considérant que l'un des objets de la Convention sur le connaissement a été de renforcer le crédit qui doit s'attacher aux documents maritimes :

"Constate l'accord unanime de l'Assemblée sur la nécessité de protéger cet intérêt primordial contre toute pratique abusive par lettre de garantie ou autrement.

"Voit avec satisfaction l'accord intervenu entre les armateurs, les assureurs et autres intéressés en Angleterre en vue de porter remède au mal et espère qu'avec l'assistance de l'International Shipping Conference et de la Chambre de Commerce internationale, on y aboutira.

"Charge le bureau permanent de suivre ces efforts et, dans le cas où les intéressées ne réussiraient pas à trouver des solutions acceptables, sans législation internationale, de convoquer une sous com-

IV

LA LETTRE DE GARANTIE AU POINT DE VUE INTERNATIONAL

A — LA TENDANCE INTRANSIGEANTE

12. — On s'est demandé si le trouble que les lettres de garantie sont susceptibles d'apporter dans le commerce international n'est pas suffisamment grand pour déclarer, par une convention internationale, que les lettres de garantie sont nulles d'ordre public, malgré les avantages que cette pratique peut présenter dans de nombreuses hypothèses.

C'est en se plaçant à ce point de vue que la Commission spéciale du Comité Maritime International qui s'était réunie à Londres en 1911 déclara que les lettres de garantie sont illégales et ne peuvent servir de base à une action en justice. La Conférence de Copenhague du Comité Maritime International en 1913 adopta ce texte sans débats.

13. — La question des lettres de garantie resta en suspens durant la guerre de 1914. Elle se réveilla à l'International Shipping Conference de Londres en 1924.

La Conférence s'est élevée contre la pratique des lettres de garantie, et a voté en conséquence les résolutions suivantes :

"1° Les armateurs et leurs agents dans tous les ports du monde entier devraient s'élever fortement contre la pratique qui consiste à obliger les capitaines des navires à signer des connaissements contenant une description sans réserves de l'état ou de la qualité de la cargaison, lorsque la cargaison n'est pas telle qu'elle est décrite dans le connaissement présenté par le chargeur, et contre la pratique qui consiste à permettre aux capitaines des navires ou aux agents de signer de tels connaissements en échange d'une lettre de garantie émanant du chargeur.

"2° S'il existe un doute raisonnable et important sur la quantité de la marchandise ou sur son état, ce fait doit être porté sur le connaissement lui-même".

"L'Article 435, C. comm., ne vise que les actions pour avaries se rattachant à l'exécution du contrat de transport par mer et aux opérations qui en sont le préalable ou la suite.

" En conséquence, ne viole aucune disposition légale l'arrêt qui, en la déclarant régie, non par les règles exceptionnelles de l'article 435 C. comm, mais par celles du droit commun, admet même après l'expiration du délai d'un mois prévu par cet article, une action en dommages intérêts fondée sur des avaries qui, d'après son appréciation souveraine des faits de la cause, sont antérieures et étrangères au contrat de transport et n'y ont été rattachées que par un concert frauduleux viciant l'expédition toute entière.

"Spécialement, il en est ainsi lorsque l'acheteur d'une marchandise, qui se trouvait en état de déterioration très apparente au moment de son embarquement, rèclame des dommages-interêts, en présence de l'insolvabilité du vendeur, à la compagnie de navigation qui, par une collusion frauduleuse certaine, a délivré un connaissement muet sur les avaries et dont la production a déterminé le demandeur à payer intégralement le prix".

11. — La solution qui précède en ce qui concerne la lettre de garantie frauduleuse a été généralisée par certaines décisions à toutes les lettres de garantie. D'après cette tendance la lettre de garantie, même saine, est nulle même entre parties comme ayant une cause illicite, de sorte que le transporteur qui exercerait son recours contre le chargeur devrait être repoussée[1].

---

1. Anvers, 19 mars 1923, Dor, t. 3, p. 257, Il s'agissait d'une marchandise qui fut refusée par le receptionnaire et celui-ci obtint une indemnité du transporteur par la voie contentieuse. Le transporteur se basant sur la lettre de garantie, assigne le chargeur en remboursement de l'indemnité et les frais. Le jugement le débouta de sa demande, par le motif que la lettre de garantie était inexistante comme ayant une cause illicite.

Le tribunal de Ire instance de Tananarive dans un jugement du 12 avril 1951 (D.M.F., 1952, p. 323) oblige le transporteur à porter à la connaissance du porteur du connaissemeut l'existence de la lettre de garantie aussitôt que possible. L'ayant fait plus d'un an après l'arrivée du navire transporteur, il commet une fraude lui ôtant le droit d'opposer l'expiration du délai d'un an de l'art. 8 de la loi du 2 avril 1936 à la demande en réparation des marchandises dès lors que la lettre de garantie mentionnait un doute sur la quantité embarquée.

Que la lettre de garantie est inopposable aux tiers, c'est de toute évidence puisque c'est en réalité une véritable contre-lettre et que conformément aux principes généraux, les contres-lettres ne peuvent avoir leur effet qu'entre les parties contractantes.

"Dans l'état actuel de notre législation, disait M. Ripert [1], la validité de cette lettre ne peut faire de doute. Les parties sont libres de règler conventionnellement l'étendue de la responsabilité du transporteur et elles sont libres aussi de détruire la force probante qui s'attache au connaissement, car les conventions sur la preuve sont licites. Que l'on analyse la lettre de garantie comme une renonciation anticipée au recours contre le transporteur responsable ou comme une convention destinée à détruire la force probante du connaissement, la lettre produit plein effet entre le trasporteur et le chargeur" [2].

10. — *Quand la lettre de garantie est frauduleuse*, la jurisprudence la déclare *nulle* ne produisant aucun effet même entre les parties comme ayant une cause illicite. Par conséqnent, l'action du transporteur contre le chargeur, basée sur la lettre de garantie doit être repoussée en vertu de l'adage "Nemo auditur propriam turpitudinem allegans"[3].

Bien plus, la délivrance d'une lettre de garantie frauduleuse constitue une *faute* du transporteur, ce qui permet au destinataire de poursuivre le transporteur en réparation du préjudice causé par le concert frauduleux dont il a été la victime. Et cette faute du transporteur est une faute délictuelle régie par les règles du droit commun et non par celles du droit maritime, ce qui permet d'écarter l'application de la fin de non recevoir de l'article 435 Code de commerce français (art. 274 et 275 Code maritime égyptien) ainsi que la prescription annale de l'article 433 Code com. français (art. 271 Code égyptien).

Cette théorie de la faute délictuelle a reçu l'adhésion de la Cour de Cassation française par un arrêt du 4 juillet 1927 [4]. Etant donné l'importance capitale de cet arrêt, nous reproduisons ici sa teneur :—

---

1. Ripert, Droit maritime, 3me. édit. (1929), t. II, No. 1497 ter.

2. M. Ripert modifie cette solution dans sa 4me. édit.

3. Anvers 5 octobre 1923, Dor, t. 5, p. 72; Marseille 1er juin 1926 Dor sup., t. 4, p. 595; Cour Suprême des Etats-Unis 2 mars 1925, Dor, t. 12, p. 117.

4. Sirey 1928 - 1 - 30.

D'autre part, si à l'arrivée, on constate des avaries, le destinataire va agir contre son assureur et les indemnités seront payées comme si les marchandises étaient en parfait état. L'assureur finit par supporter ainsi un préjudice indu; car il doit payer des avaries antérieures au chargement et qui ne lui incombent pas, même si la délivrance de la lettre de garantie n'a pas une origine frauduleuse.

III

L'ATTITUDE DE LA JURISPRUDENCE MARITIME COMPAREE VIS A VIS DE LA LETTRE DE GARANTIE

8. — L'usage de la lettre de garantie saine ou frauduleuse n'a pas été sans provoquer quelques décisions de jurisprudence.

Deux tendances jurisprudentielles se sont manifestées : l'une reconnaissant la validité de la lettre de garantie saine et declarant la nullité de la lettre frauduleuse; l'autre prononçant la nullité de la lettre de garantie dans tous les cas.

9. — *En ce qui concerne la lettre de garantie saine*, la jurisprudence égyptienne[1] et étrangère[2] déclare que la lettre est *valable* et produit ses effets entre parties (transporteur et chargeur), bien qu'*inopposable aux tiers* porteurs du connaissement et en particulier au destinataire. Par conséquent, le recours du transporteur contre le chargeur est autorisé.

---

1. Tribunal commercial d'Alexandrie, 30 avril 1952, affaire No. 710 année 1951; trib. de 1ère instance d'Alexandrie (chambre commerciale), 12 décembre 1953, affaire No. 446 année 1952, qui déclare la lettre de garantie inopposable à l'assureur subrogé dans les droits du destinataire.

2. Amiens, 28 novembre 1924, Dor, t. 10, p. 118; Bordeaux, 8 octobre 1925, Dor sup., t.l, p. 465; Marseille 5 mars 1929, ibid. 1929, p. 170; Marseille 24 octobre 1950, D.M.F. 1951, p. 194; Rabat 26 janvier 1955, D.M.F. 1956, p. 340.

Anvers 4 mai 1925, Dor, t. 12, p. 49 qui constate que les lettres de garantie sont d'un usage ancien, général et constant au port d'Anvers.

Cour suprême Etats-Unis, 2 mars 1925, Dor, t. 12, p. 117 dans lequel on lit notamment "le seul fait par l'agent d'un navire de s'être abstenu, à la demande du chargeur et moyennant remise par celui-ci d'une lettre de garantie, d'insérer des réserves ou observations dans le connaissement n'implique pas d'intention frauduleuse et ne prive pas l'armateur du droit de se prévaloir du mauvais état ou conditionnement des marchandises à l'embarquement".

Trib. sup. hanséatique, 27 janvier et 10 octobre 1927, Dor, t. 5, p 72.

De même encore, un léger désaccord existe entre le capitaine et le chargeur au sujet de l'emballage de la cargaison. Le capitaine considérait que les fûts employés pour le transport des vins sont usagés. Il voulait insérer au connaissement la réserve "fûts usagés" qui le rendrait d'une négociation difficile. Celle-ci paraissait au chargeur peu justifiée, car les fûts pour le transport des vins ne sont neufs qu'à leur premier voyage; ils sont ensuite "usagés" tout en restant satisfaisants. Aussi, le chargeur donne au capitaine une lettre de garantie.

On pourrait multiplier les exemples. Qu'il nous suffise de constater qu'en principe la lettre de garantie se présente comme un procédé parfaitement honnête auquel ont recours les chargeurs lorsqu'ils veulent éviter des réserves injustifiées insérées au connaissement les privant des avantages du crédit documentaire.

6. — Si la lettre de garantie peut jouer un rôle utile et bienfaisant, il est juste d'ajouter qu'il n'en est pas toujours ainsi; car le lettre de garantie peut présenter un caractère frauduleux.

Il peut arriver que certains chargeurs peu scrupuleux, afin de cacher un vice réel de la marchandise ou de son emballage, s'entendent frauduleusement avec le transporteur pour délivrer un connaissement net attestant que la marchandise est en bon état contre remise d'une lettre de garantie constatant confidentiellement le mauvais état de la cargaison.

Il résulte de ce qui précède qu'il y a deux sortes de lettres de garantie : *la lettre de garantie bonne ou saine* que caractérisent les exemples donnés plus haut, et *la lettre de garantie frauduleuse* ou mauvaise qui cache un vice réel de la marchandise ou de son emballage et qui suppose une fraude concertée du chargeur et du transporteur.

7. — Mais la lettre de garantie, même saine, présente de graves dangers. Elle a pour résultat de léser d'une façon presque automatique d'autres parties qui y sont demeurées étrangères et surtout l'assureur maritime sur facultés.

Tant que la marchandise voyage, la lettre de garantie reste secrète et les opérations sur marchandises se font sur un connaissement net. Le chargeur va se faire payer la valeur de la marchandise à l'état sain, alors que les réserves qui s'imposaient eussent appris au destinataire l'existence d'avaries antérieures à la prise en charge.

Le crédit documentaire est une opération bancaire necessairement liée aux ventes maritimes dans laquelle la banque de l'acheteur s'engage directement envers le vendeur à payer le prix au moyen d'une lettre de crédit. L'acheteur demande, le plus souvent, dans la convention d'ouverture de crédit avec la banque, que le paiement ou l'acceptation de la traite tirée par le vendeur sur la banque aura lieu contre remise de connaissement net sans réserves. La banque est tenue de respecter strictement les instructions de l'acheteur. La jurispurdence, à plusieures reprises, a decidé que le banquier est en faute s'il accepte un connaissement comportant des réserves quant au bon état de la marchandise. L'article 18, alinéa 1er. des Règles et Usances Uniformes relatives au crédit documentaire, établies en accord entre les associations bancaires des différents pays et approuvées par le VIIe Congrès de la Chambre de Commerce Internationale à Vienne en 1933, pose le même principe dans les termes suivants : "Les documents d'expédition portant une clause restrictive concernant la réception des marchandises et emballages en bonne condition apparente peuvent être refusés''.

Dans ces conditions le banquier n'hésitera pas à refuser le connaissement portant des réserves sur l'état apparent de la marchandise.

Cette considération a souvent entraîné les vendeurs - chargeurs à solliciter du transporteur la délivrance de connaissements nets en échange des lettres de garantie, et le transporteur se soumettra parfois à cette exigence.

II

AVANTAGES ET INCONVENIENTS DE LA LETTRE DE GARANTIE

5. — La lettre de garantie peut se justifier et présenter des avantages dans de nombreuses hypothèses.

Des barres de fer sont chargées avec une mince couche de rouille. Le capitaine voulait mentionner au connaissement cet état de rouille qui suffira à faire refuser le connaissement par le banquier alors que le destinataire n'élevera aucune protestation. Aussi, pour éviter la délivrance d'un connaissement assorti de réserves, le chargeur proposait au capitaine une lettre de garantie contre remise d'un connaissement net.

Or, un pareil titre ne peut constituer une véritable représentation des marchandises qu'à la condition de contenir une description exacte de l'état apparent de ces marchandises.

Aussi, le transporteur est-il obligé de spécifier sur le connaissement l'état et le conditionnement apparent des marchandises, et est-il tenu de faire des réserves pour les imperfections extérieures que peut présenter la marchandise chargée ou son emballage, telles que " marchandise rouillée, ou avariée, ou en état d'échauffement ", ou encore " marchandise en emballage défectueux ".

En l'absence de réserves au connaissement sur l'état et le conditionnement apparent de la marchandise chargée, le transporteur est censé l'avoir reçue en bon état.

Le connaissement qui ne contient aucune réserve sur l'état et le conditionnement apparent de la marchandise s'appelle "*connaissement net*", "*clean bill of lading*".

3. — Les réserves faites sur l'état de la marchandise enlèvent beaucoup de valeur au connaissement comme titre représentatif de la marchandise, et gênent les opérations de vente ou de crédit dont il fait couramment l'objet.

Le chargeur tient à obtenir un connaissement net, sans réserves, qui lui permettra les opérations sur marchandises transportées, les acheteurs et les banquiers étant peu désireux d'accepter les connaissements contenant des réserves sur la marchandise.

Pour obtenir un connaissement net, le chargeur garantit quelquefois le transporteur contre les conséquences éventuelles de toute réclamation qui pourrait être dirigée contre lui par le destinataire dans le cas où la marchandise ne serait pas à l'arrivèe dans l'état décrit au connaissement. Cet engagement du chargeur, donné par écrit sous forme de lettre, a pris dans la pratique le nom de "*lettre de garantie*".

La lettre de garantie est donc une lettre remise au transporteur par le chargeur en échange d'un connaissement net sans réserves.

4. — Il faut chercher l'origine de la lettre de garantie dans le développement du crédit documentaire.

LE PROBLÈME
DES LETTRES DE GARANTIE
dans le transport maritime *

par

Dr. MOUSTAFA KAMAL TAHA

Professeur adjoint de Droit Commercial et de Droit Maritime à la Faculté de Droit de l'Université d'Alexandrie

1. — La pratique des lettres de garantie, constatée dans un certain nombre de ports, a soulevé de vives controverses au cours de ces dernières années, et est venue de nouveau à l'ordre du jour des Congrès internationaux.

Deux tendances divergentes se faisaient jour à ce sujet: l'une libérale admettant la pratique des lettres de garantie; l'autre intransigeante la condamnant radicalement. Cependant une tendance plus modérée cherche à en réglementer l'usage.

Nous allons essayer dans le cadre de cette étude de passer en revue les problèmes résultant de la pratique de la lettre de garantie, en suivant sa naissance et son développement, en exposant ensuite ses avantages et ses inconvénients, et en indiquant enfin l'attitude de la jurisprudence et les diverses positions prises sur la question. Tous ces points nous amèneront à porter un jugement sur la valeur juridique des lettres de garantie et sur les solutions pratiques que l'on a proposées au problème.

I

NAISSANCE ET DEVELOPPEMENT DE LA LETTRE DE GARANTIE

2. — Le connaissement est en droit maritime un titre d'importance capitale. Il n'est pas seulement un simple titre formant preuve du contrat de transport maritime et du chargement. Il est un titre répresentatif des marchandises chargées.

* Rapport à présenter au Congrès de l'Union Internationale d'Assurance Maritime.

policies he enumerates, the heavy burden of direct taxation emanating from the Revenue Act of 1934, the labor policies which reduced investment opportunities by forcing up the wage rates, the expectation of competition from government power plants, and the limitations imposed by the Public Utilities Holding Company Act of 1935; and finally the hostility towards monopoly power. Whatever the real cause of the recession, it became part of the darkening skies of the late thirties. Confidence in currency stability was lacking, although the Tripartite Agreement between England, France and the United States in 1936 helped to restore some of the vanished confidence. Political tension was increasing and war was already scorching China and Spain. The problem of unemployment had not been adequately solved, for Britain entered 1939 with the still distressing number of unemployed of 1.8 million; and the United States had 5 million unemployed as late as the beginning of 1940. The failure of the world to solve its major problem was as ironical as the path which finally did bring about a solution : war and destruction.

IX

In their wrath or despair, many have preferred to pour their condemnations on the economic system and its defects. And yet, how far can this be the source of world problems? From the account that has been give above, it seems that the share of actions in the responsibility is indeed substantial. If anything is clearly illustrated in the developments of the interwar period, it is the haphasard, hasty character of the actions undertaken. Will a similar tragedy be reenacted in this post-World War II world? One hopes that this will not be the case. Men have at least acquired better understanding of the underlying mechanisms of the world and the national economies, and the pressure of the times may therefore become less crushing. What will happen however, will have to be left for time to decide.

VIII

The course of the recovery was much the same in most countries, except for the countries of the gold boc, which did not experience any recovery and had finally to suspend the gold standard. An index of industrial production of the Leage of Nations taking February 1933 as its base estimated in 1936 a recovery of 49.2 % for the United States, 38.7 % for Japan and 35.2 % for England. The same index shows an increase of 79.2 % for Germany which was recovering much faster under the impact of her armament program. The suffering of the gold bloc is illustrated in the same index by the figures for France and Holland in which industrial production in 1936 was below the level of February 1933 by 3.9% and 8.3% respectively.

The world, however, had scarcely had enough time to enjoy recovery when the 1937 recession appeared. Stocks of primary products which had been declining steadily since 1932, began to accumulate again in 1937. At the same time the index of world manufacturing started to decline. The decline in manufacturing was, however, "pratically limited to North America, particularly the United States." [1] The output of manufacturing and mining in the United States declined in January 1937, recovered until May, but finally fell by about one third until the middle of 1938. Factory employment too after having reached a maximum in the second quarter of 1937, started to decline and fell from July to December by 14%. Conditions of extreme monetary ease had been predominant in the period preceding the recession and in the fourth quarter of 1936 there was a violent rise in wholesale prices which was not a sign of prosperity but rather of inflation. Some writers have attributed the subsequent recession to the fear of intervention to stop the inflation when the President declared that prices, especially those of durables, were too high.[2] Others considered it a manifestation of the secular stagnation of private capitalism. Schumpeter, however, who characterised the developement after 1935 as the "disappointing Juglar" because it does not conform to his calculations, prefers to look on the 1937 recession as an outcome of the hostile social atmosphere created by capitalistic development. "Capitalism produces by its mere working, a social atmosphere ... that is hostile to it, and this atmosphere in turn produces policies which do not allow it to function".[3] Among these

1. League of Nations, *Wold Production and Prices,* 1938 — 1939.
2. See Day, *op. cit.,* p. 144.
3. *Op. cit.,* p. 1038.

ion, a maximum wholesale and a minimum retail price for milk, and import licencing for potatoes. The English Housing Act of 1933 was the word for word model on which the National Housing Act of 1934 in the United States was based. The former act was in England a strong encouragement for the house building boom which was the largest factor in English recovery. In spite of all this similarity, however, the insistent policy of price inflation that the United States followed had no counterpart in English depression policies. In addition to this, England deliberately dropped public works as a measure of alleviating unemployment. Public works were considered by the government as an expensive method of relieving unemployment which the resources of the national government could not afford. Thus after an initial stage of experimentation with public works, they were virtually discontinued since 1931 and the government instead relied on a nationally supervised system of unemployment relief, on the nationalised unemployment insurance system, and secondarily on methods of transferring workers to the more prosperous areas or to other countries of the empire.

In contrast to both England and the United States, Germany sought to attain recovey through her armament program. With the inauguration of the Hitler regime, the State worked diligently to put the German economy under its control.[1] The various devices of exchange and trade control : blocked accounts, bilateral trade and barter agreements, clearing agreements, which had been introduced after the financial crisis of 1931, became a permanent feature and an integral part of the system of controls. The whole system was then marshalled to satisfy the needs of rearmament. Again the Reichsbank was utilised as the tool through which the financing of the program was to take place. Special bills were drawn by the armament firms on dummy government organisations and used for discounting with the bank. And the German banking system was 'encouraged' to invest its idle funds in these special bills. Long term capital was acquired through an embargo on industrial shares and bonds and in some cases through the direct allocation by permits.[2] Schacht seems to have collaborated with the program as a temporary measure, until it ensured to Germany the position of a strong European power. But the developments of the program proved that he was wrong.

1. See L. Hamburger, *How Nazi Germany Has Controlled Business*, 1943.

2. See A. Schweitzer, "Schacht's regulation of the money and capital markets," *Journal of Finance*, 1941, pp. 1—18.

The theory of helping recovery by raising prices through the restriction of output was the subject of severe criticism especially when it lead to the actual destruction of output as happened in the agricultural field under the "plow-up and the kill". The policy in fact looked extremely queer when output was sacrificed for price while people were in the most dire need for satisfying their basic wants. "It nowhere seemed to occur to them," says Mitchell "that an economy, which for its correction and preservation, demanded such violence to reason, had better be abandoned than revived".[1] The violence to reason was obvious. And yet a great deal of it has in fact to be attributed to the crudeness of the policy. The theories underlying the administration's efforts at revival were such theories as those of Warren and Pearson, and Irving Fisher's commodity dollar. The very nature of the problem at hand was but faintly understood. This was a stage of experimentation in dealing with the problem of depression. Other nations also experimented, and some of them committed even much graver mistakes than the United States, as when Germany chose to pull herself out of depression by her rearmament program. Of course the example of Russia was always there; but none of the democratic countries was willing to go that far in sacrificing freedom for security.

Depression policy in England was in many respects fundamentally different. The difference arose partly from the difference in the English environment and partly from the relative mildness of the depression in England. England had no problem arising from the organisation of her banking system, since about 70% of all deposits is concentrated in the five banking institutions, a characteristic which provided by itself a natural system of deposit insurance. She had no serious disturbances emanating from her stock exchange, because of the prevalence of the sound practices on which the Securities Exchange Act of 1934 in the United States was based. England enjoyed the existence of social legislation including unemployment insurance since the early twenties. Industrial labor in England was well organised and collective bargaining was well established. In spite of these differences, similarity between some of the English depression policies and their counterparts in the United States is not lacking. England went off the gold standard in 1931. A series of controls and regulations dominated in the agricultural field including price guarantee for wheat to ensure a minimum product-

1. *Op. cit.*, p. 180.

Along the same lines, the administration undertook to increase the purchasing power of the agricultural population which was a weak spot in the economy because of the drastic fall in the prices of primary products. This time, however, the increase in purchasing power was not to be attained by providing additional employment but by a policy of limiting production in order to attain a higher price level for agricultural products. The method adopted by the Agricultural Adjustment Act of 1933 was that of "domestic allotments" and the object was to restore to agriculture the purchasing power of agricultural commodities that was prevalent in the base period 1909-1914. Direct payments were made to farmers who agreed to reduce their output, and these payments were financed by a tax on primary processors. When the reluctance to restrict output became stronger, compliance was enforced through Control acts which levied a heavy tax on output giving farmers tax exempt certificates only to the amount of their assigned quotas. A further method of relieving agricultural surplus was provided by the Commodity Credit Corporation in 1933 by giving farmers commodity loans, without recourse, to help them hold surplus production off the market. The financial success of one of these loans, the first corn loan, led to the advocation of the policy of an "ever-normal granary" by establishing a national stock pile of agricultural commodities that can be used to even out the fluctuations in agricultural prices.

The same policy of the restriction of output for the purpose of raising prices was also followed in the industrial field. Under the President's Reemployment Agreement of July 1933, signers agreed to conform to a minimum wage of 40c/hour and to shorten the week to a maximum of 35 hours, and to boycott non-signers. The competitive pressure that such an agreement put on signers speeded the formation of particular codes of fair competition for the different industries under the National Industrial Recovery Act of 1933. The prime criminal in these codes was the price-cutter. And price maintenance and output restriction were encouraged by the sanctioning of collusive devices that used to come under the prohibitions of the Anti-trust laws. Similarly, section 7a of the same act gave a strong impetus to labor organisation by recognising the right of labor to bargain collectively. And later on, when the NRA was declared unconstitutional, the provisions of the section were salvaged by the National Labor Relations (Wagner) Act of 1935. The objective of organisation for the purpose of maintaining or raising the price of labor is also clear.

The administration was however intent upon pulling the economy out of depression by a policy of price inflation. The abandonment of the gold standard had been a necessary preliminary. This was followed in October 1933 by the gold purchase policy that reached in January 1934 a dollar price of gold of 35 dollars/ounce, which price was taken as a basis for the devaluation of the dollar under the Gold Reserve Act of 1934. The same policy was followed with regard to silver under the Silver Purchase Act of 1934. The act directed the secretary of the Treasury to buy silver at home or abroad until it amounted to one fourth of the metallic stock or until its price had reached 1.29 dollars/ounce. In this case, as well as in the case of gold, considerable amounts of the metal flowed into the United States from abroad to benefit from the high price. Whether the administration was interested in the international effects of such a flow or not, as for instance by considering it a means of increasing the foreign purchasing power in the United States, the international effects were harmful, while the internal effects in the United States were negligible. On the international side of the picture, the drain on the gold of the "gold bloc", and the drain on the silver of China, led the former ultimately to abandon the gold standard, and the latter to go off the full silver standard. In the United States, the effects of the policy in raising the level of prices was slight, for instead of the additional purchasing power being applied in the form of a demand for commodities, it largely accumulated in the banks and "merely found its way into the sump of excess reserves." (Day).

Another method by which the administration sought to put money into the hands of the people was public works. The Public Works Adminstration was created in 1933 and soon after it the Civil Works Administration was improvised as a speedier means of putting men to work. When this latter had been cut off, it was followed by the Federal Emergency Relief Administration which provided a relief program in cooperation with the states. In May 1935, the Works Progress Administration was set up for the coordination of public works programs. The problem of providing employment for the youthful unemployed was dealt with by the Civilian Conservation Corps and the National Youth Administration of 1934 and 1935. The Tenessee Valley Authority had been created in 1933. The theory the administration's activity with regard to public works was that they were intended as a means for "priming the pump", from which point further progress of recovery was to be left to the initiative of private business. It was only at a later stage that the administration became converted to more drastic intervention.

Conference was held in June 1933. The object of the conference was to reduce the tariff barriers. Since, however, this reduction would be useless by itself if the different countries were free to engage into competitive currency devaluation, the conference had to aim in addition at a cerain measure of monetary stability. This was the rock on which the conference was wrecked. For as we have seen the United States was obviously committed to oppose such recommendation. The result was that the conference collapsed, and the last effort for international cooperation was a failure. The stage was set for the different attempts by the various nations to attain recovery through national policy.

VII

In the United States, the New Deal combined measures for recovery with measures for reform in attacking the various sectors of the economy. One of the obvious sources of trouble for the American economy was its banking system which had just emerged from the financial crisis of 1932-33. After the urgent problem of reopening the banks had been dealt with by the Emergency Banking Act of March 1933, attention became diverted to reform which was provided by the Banking Acts of 1935. The first of these acts provided for the divorce of investment affiliates from commercial banks, thus removing a strongly objectionable feature in the banking system which had been a source of unsoundness in the stock market boom ending in 1929. Another source of grave instability was also attacked and removed when the act forbade member banks from making loans to " others " in the stock market. In addition, the act created the Federal Deposit Insurance Corporation and recognised the Open Market Committee of the Federal Reserve System. The act of 1935 aimed at placing more centralised control in the hands of the Federal Reserve Board over open market operations, discount rates and reserve requirements. Reform and regulation were also applied to the stock exchange, another obvious source of trouble, when the Securities Act of 1933 and the Securities Exchange Act of 1934 made unlawful fraudulent practices in the trading of securities and provided for the filing of registration statements and periodic reports by the institutions engaged in dealing in securities with the Securities and Exchange Commission. In these measures, the element of reform was predominant.

The final battle between international cooperation and economic nationalism was not fought until the middle of 1933. But international cooperation unfortunately did not have a chance. For in March 1933, President Roosevelt had already taken office and by the end of April of the same year the United States was off the gold standard and was deeply committed to a purely domestic policy of price inflation. When Roosevelt took office, the first thing that he was confronted with was the banking crisis of 1932-33. American banks, especially the small banks in the small towns and in the rural areas, had been subject to heavy mortality since the postwar depression of 1921. In 1930, however, the rate of mortality suddenly more than doubled, and reached a peak of 2,298 in 1931. One after the other, "bank holidays" were declared in the different states with Nevada leading the way in October 1932. On inauguration day, March 4, 1933, the states that had resisted the temptation finally declared bank holidays too on appeal from the Treasury. And on March 6 the president himself declared a four-day bank holiday under the authority of the Trading with the Enemy Act. After this, steps were taken in rapid succession. On March 7, member banks of the Federal Reserve System were required by the Treasury to deliver all the gold and the gold certificates to the Federal Reserve banks. On March 10, an executive order required permission for all export of gold and dealing in foreign exchange. And finally the gold embargo of April 20, forbade the export of gold unless it was shown to be necessary to promote the public interest. If there was any doubt before as to the intentions of the authorities, it now became clear that the gold standard had been discarded. In the meantime the reopening of the banks had been taken care of by the Emergency Banking Act of March 9, which provided a plan for that purpose. And the ground was now clear for the new administration to start its inflationary policy. On April 28, therefore, the Thomas Amendment to the Emergency Farm Relief Bill provided for the following inflationary measures: (1) The purchase of 3 billion dollars of government securities by the Federal Reserve Banks, (2) or the issue of 3 billion dollars in "greenbacks". (3) The adoption of bimetallism. (4) The devaluation of the dollar by not more than 50%. (5) The acceptance of silver in international debt payment at the rate of 50c/ ounce up to 200 million dollars when the market price was only 40c/ ounce. (6) The power of the Federal Reserve Board to change reserve requirements. Thus the Thomas amendment represented a clearcut choice of purely domestic means of national recovery as against methods of international cooperation, and the issue was already decided before the London Economic

This restriction on the use of these so-called "blocked accounts" is in fact equivalent to an outright devaluation since it reduces their value to the foreign holder. The degree of devaluation however depends on the extent of the supply and demand for each particular category of accounts, a characteristic of the system which put in the hands of the authorities a tool of discriminating control that they could not have enjoyed had they resorted to direct devaluation of the monetary unit. Germany during this period was in fact rushing headlong into the State-directed economy of Hitler. Under the impact of the tangled German situation, Chancellor Bruning resigned in 1932, only to leave the door open to Hitler and the Nazis. The problem of reparations was in fact attacked once more in the Lausanne Conference in 1932, and this time the conference realised the gravity of the situation and the settlement arrived at completely obliterated over nine-tenths of Germany's previous liabilities. "For all practical purposes, the reparations problem (might) now be considered entirely removed as an element of strain in the economic and financial affairs of the world." [1] But the agreement was never ratified for the response of the United States in the matter of interallied debts that was hoped for was not forthcoming. And so reparations and war debts were left unsettled and soon to be all unpaid through default.

Side by side with this unfortunate state in the major countries of the world, Russia in her isolation was vigorously carrying out her five-year plan of 1928. Private property was liquidated and agriculture was socialised, and the country diverted a considerable portion of its resources for building up its capital. Of course this policy involved a great deal of hardship for the people; but the task was also a formidable one. And while other countries were suffering from unemployment and reduced production, Russia was enjoying a rapid and continuous expansion that was soon to bring her back to the rank of a major world power. It is not a surprise therefore that subsequent developments in other countries which tended towards economic nationalism were in fact greatly influenced in one form or another by the Russian experiment. One major country, nevertheless, chose the easier way out of her troubles —the way which the world chose later on in 1939— the way of aggression. In 1931, Japan took advantage of the engrossment of Europe in her financial crisis and invaded Manchuria. Nobody at that time probably suspected that this was only the beginning of a sinister story of conversion to the same policy.

1. Moulton and Pasvolsky, *op. cit.*, p. 362.

her gold. The reason for this was that England had a large amount of short term credits invested in Germany, which were now entirely frozen. Frightened about the fate of their foreign credits to England, foreign creditors therefore started to withdraw their money. Traditional methods that used to enable England to withstand a gold drain proved to be entirely inadequate. The discount rate as a tool broke down, and the more it was raised, the more this was taken as a sign of distress. Credits from the United States and France were insufficient. On September 21, 1931, therefore, England went off gold — a step, some pointed out, that the United States did not take until the reign of the New Deal in 1933. The internal effects of the abandonment of the gold standard were not as marked as the external effects. The reason lies of course in the previous overvaluation of the pound. The pound remained freely fluctuating however only until April 1932 when the Exchange Equalisation Fund was established. In the meantime England imposed a temporary import duty of 50% on a long list of commodities and the Treasury banned loans to foreigners. The temporary duty however gave place in 1932 to the Import Duties Act, which imposed duties ranging from 10% to 33% and by which England decisively discarded the principle of free international trade. The act was followed by the policy of Imperial Preference included in the Ottawa Agreements in 1932, by which England agreed to continue to exempt empire products from the duties of the act in return for increased preference for British products in the dominions over foreign products.

With England off the gold standard, many other countries soon followed. Among the first came the agricultural countries which had been harder hit by the depression because of the greater fall of the prices of primary products. But many others like the Scandinavian countries, Japan and South Africa also followed. Other countries which did not formally abandon the gold standard, instituted a system of exchange controls which in fact took them off gold. There remained however a small number of countries which retained the gold standard in its true form, and these formed the "gold bloc" which included at the beginning the United States, France, Switzerland, Holland and Belgium, but which was not destined to last for very long as we shall see. Among the countries which instituted exchange controls, Germany was the most important. The mark was suffering from a weak international position. Instead of resorting to straight-forward devaluation by abandoning the gold standard, Germany subjected the use of foreign accounts to various restrictions depending upon the source of the account.

was liable to be. In the meantime, workers and their families were in urgent need of the bare necessities of life. No wonder, therefore, that some contemporaries called the administration's policy "the theory of feeding the sparrows by feeding the horse."[1]. Resentment againts this policy, was in fact strong. And reliance on private philanthropy, on local relief, or on such schemes as "back-to-the-land" schemes, was obviously inadequate. The "bonus bill" was defeated, and the public works that the administration ventured to undertake were on an ineffective scale. The result of the administration's obstinate clinging to its ideals in the face of the harsh facts manifested itself in the presidential elections of 1932 where Hoover was rejected.

While this was going on in the United States, England had already embarked on many of the devices that were later to characterise the New Deal.[2] In May 1931, the Boden Creditanstalt in Austria became insolvent, and the situation was not temporarily saved until the of Bank England and the Bank for International Settlements had given assistance in the form of loans, and until the foreign creditors had accepted a two-year Standstill Agreement. However, in June of the same year, trouble appeared again, this time in Germany. Germany was suffering drastically from the world depression, which had hit her even more severely that it did England or the United States.[3] In such circumstances, the burden of reparations must have been unbearable. The Young Plan disappointed expectations as to the extent of the relief that the new plan would offer. In fact, Germany's total liabilities were reduced only to 26.5 billion dollars, while the "annuities during the early years represented a reduction of of approximately 30% as compared with the standard Dawes annuities".[4] In addition to these critical elements, when President Hoover proposed his Moratorium on June 20, France hesitated long enough to tip the balance against confidence in Germany's ability to carry out her obligations, with the result that foreign creditors rushed on the German banks to withdraw their short term credits. In July 1931, therefore, the Danat Bank closed its doors and Germany in her turn negociated a Standstill agreement. This being done, England now started to suffer a drain on

1. Mitchell *op. cit.*, p. 88.

2. See a journalistic comparison by H. J. Whigham, *The New Deal English and American*, 1936.

3. See Schumepter, p. 921 ff.

4. See Moulton and Pasvolsky, *War Debts and World Prosperity*, 1932, ch. 10.

The picture is very similar in England, although the timing may be different. For although all indices of employmet and output hit the low point in the fall of 1932, the indices of wholesale prices reach their low at the beginning of 1933. At any rate, unemployment reached its highest annual average in 1933, at 22.1 %. In the same year, the Board of Trade index of industrial production hit the lowest level of about 77% of the 1929 prodution level. Compared with the fate of industrial production in the United States, the relative mildness of the depression in England is an outstanding feature.

VI

The attitude towards the depression in the United States was at first one of optimism. Then, gradually, as the extent of the catastrophe became obvious, attempts to lay the blame on foreign sources appeared. Little, however, had been done on a sufficiently adequate level to alleviate the distress or to encourage revival. The philosophy of the Hoover administration was one of laisser-faire, and economic revival was therefore in the main left to the initiative of private business. Of the few attempts made in the direction of active policy, one of the earliest was the Agricultural Marketing Act of 1929, which appropriated half a billion dollars for the purpose of making loans to cooperative associations to permit them to give larger advances to their members than could be secured otherwise. The result, as may be guessed, must have been an "invitation to uncontrolled production". Nevertheless, this was at least one of the few points that could be counted in favor of the administration. Not so with the next important measure, the Hawley-Smoot tariff of 1930. This act which jumped the rate of import duties on the average from 25.9% since 1925 to 50% in the period 1931—45, was a severe blow to international trade at a time when the world was looking towards the United States for initiative in resuming the lost freedom in that field. The most curious line of policy, however, was the solicitude of the administration towards business as expressed in the creation of the Reconstruction Finance Corporation in 1932, coupled at the same time with the strange apathy and indifference that the administration showed in dealing with the problem of the unemployed. The theory of the administration was that by reopening the channels of credit, the RFC would indirectly help the distressed labor, since it will encourage private business to expand its employment. The extent to which the argument was far-fetched becomes clear when one attempts to analyse how indirect such a method

conditions of the issuing company. The advice of their salesmen and investment houses was frequently either equally incompetent or not disinterested. The result of all this was that the stock market prosperity had no sound basis in the general activity of the economy as a whole. When decline started and the reality of the situation began to be realised, the unprecedented crash was actually inevitable. The scramble for the liquidation of holdings flooded the market with a torrent of sales which reached 12.8 million shares on "black Thursday", October 23. In one day, October 22, the total value of the stocks listed on the New York Stock Exchange declined by 4 billion dollars. By the time the crash had run its course, not only the weak speculative securities had suffered, but prime securities of well-established, reputable corporations were also badly hit. Of course the direct sufferers were those who were unfortunate enough to be "left holding the bag", whoever they were. But the effects were soon to spread to the rest of the economy through the impact of capital losses on the spending of those who were caught.

The first half of 1930 was not a period of serious decline in the United States. Business declined only slowly. But in the second half of that year the contraction became more serious and "distress signals" appeared. The Bank of the United States failed in December. Wholesale prices fell, especially those of raw materials which were in December 20 % below January. Total money income by the end of the year was 15.1 % below 1929. "But the most serious features of the picture (were) displayed by the indices of industrial production and of employment," the former declining by over 22 % while the latter declined by over 16 % over the year.[1] The decline continued with minor interruptions especially in the beginning of 1931 and in the middle of 1932, until the index of business activity (of the New York Times) hit the lowest point in the middle of March 1933, at 63 % of the estimated normal.[2] Unemployment had been proceeding at the annual rate of 4 million since 1929 until it reached the annual average of about 12.6 million in 1933.

---

1. See Schumpeter, *op. cit.*, pp. 911—917.

2. See Broadus Mitchell, *Depression Decade*, pp. 32—33 ; also Schumpeter, *op. cit.*, p. 924 ff.

nomic conference that was held in Geneva in 1927. The conference advocated the striving for maximun labor efficiency, the reduction in in variety, i. e. standardisation, the avoidance of waste in industry, and the simplification of the stage of distribution. Beside its concern with the problem of rationalisation, the conference also emphasised the importance of free trade, and once again condemned prohibitions and quantitative restrictions and advocated the reduction of tariff barriers by individual, bilateral or collective actions. The international convention which was the result of the work of the confernce, however, was never ratified, and the prosperous twenties failed in achieving the restoration of free international trade.[1]

V

The close of the twenties, however, was destined to be immeasurably more dramatic, for in October 1929, the United States experienced the most formidable stock market crash that ever occured in peacetime. Speculation in the stock market had been a consistent feature of the "new era". Under the influence of the general optimism of the time, participation in speculative activity was wide and the sense of risk was dulled. By late 1929, the composite index of the prices of a hundred leading stocks had soared from a low of 72 in 1924 to a high of 208.8. The market value of the shares listed on the New York Stock Exchange jumped from 27 billion dollars in 1925 to 67 billion in 1929. A large part of the rise was due to the increase in the number of shares listed rather than in the average price per share. A flood of new issues was forthcoming. Existing corporations issued new shares, not because they were in need of additional capital, but because a gain could be made out of their manufacture. Investment trusts appeared for the formal purpose of ensuring the diversification of holdings that the individual investor could not achieve, but in many cases were simply a device for financial promotion. Pools and syndicates were formed to profit from the rising market and in may cases did not refrain from using improper manipulations for furthering their interests. Huge empires, like those in railroads and in public utilities, were formed for the purpose of concentrating control. All these formed a prolific source of new issues which the public snatched off the market with no more than a most superficial acquaintance with the underlying

1. League of Nations, *Commercial Policy in the Interwar Period*, ch. 3.

outwardly, obligations were being fulfilled and the international system was safe. The real character of the situation, however, uncovered itself as soon as American lending began to fall off in the middle of 1928. This was not at the time the only strain on the international mechanism for the Great Depression was on the threshold, and when it came American imports also fell off, reducing still further the availability of dollars abroad. When this happened, no hope could be entertained of the possibility of effecting the required transfers, for the last road for doing this was now decidedly blocked.

As if the maladjustments of international debts were not enough strain on the newly restored gold standard, England in 1925 realised her determination to return to gold at the old parity. The result of the consequent overvaluation of the pound was the drain of gold from England to France and to the United States. Amidst the general devotion of the time to the gold standard, the United States had to choose between cooperating with England to enable her to remain on gold and giving priority to the needs of internal stability by curbing the threartening stock market speculation. The conflict between the two lines of policy was reflected in the rivalry between the advocation of a low discount rate by the Federal Reserve Bank of New York and the advocation of raising the discount rate by the Federal Reserve Bank of Chicago.[1] Unfortunately New York won; and the Federal Reserve Board adopted a policy of cooperation with England. This was unfortunate because the stock market crash of 1929 finally brought about the downfall of the gold standard that policy tried to avert, and the world was only left with a more severe collapse than it had to suffer.

In spite of these dark spots, the latter part of the twenties was marked by such strides in economic progress that Schumpeter has christened the period as the "industrial revolution of the twenties".[2] Of course the greatest strides were made in the United States. But England too partook of the general pattern, and "the role of the outstanding leaders — electricity, chemistry and motorcars — is obvious." (Schumpeter). The dominating feature of the twenties, beside the rise of the new industries, was the appearance of the movement for rationalisation. In fact, the idea of rationalisation dominated the international eco-

1. See Soule, *op. cit.*, p. 272.

2. See *Business Cycles*, vol. II, ch. 14; also his article in *American Economic Review*, Supplement, 1946.

difficulty. The difficulty arose from the very nature of international transfers. An international transfer can be effected in one of three ways : By the transfer of gold, by the transfer of goods through an export surplus, or finally by the transfer of certificates of indebtedness through international borrowing. This was equally true both for Germany and for the allied powers. As to payment by the transfer of gold the magnitude of the settlements made the existing stock of gold insufficient to carry out continuous payments. The second means of making inter- naional transfers by acquiring the necessary exchange through an export surplus, was severely crippled by the policy of the creditor countries. The reason for this was the fear of foreign goods, particularly because of their impact upon the employment conditions in the creditor country. We have already referred to the abandonment by England of her traditional free trade policy by the Safeguarding of Industries Act of 1921. Protective inclinations were also manifest in the United States by the Fordney - McCumber Act of 1922. Some prefer to call this a failure on the part of the United States to adjust to her new creditor position, the argument being that, because the realisation of an export surplus in the prewar period was necessary for the payment of interest and dividends to the creditors of the United States, it came to be considered a requirement for national economic health, a belief which was so deeply entrenched that it could not be swiftly changed under the impact of the new conditions.[1] The argument seems to be overdrawn because the tendency towards protection is a general feature of the postwar world. At any rate the second route for carrying out international transfers was virtually blocked. There remained therefore only the settlement through international borrowing. And this was the route actually utilised. The United Stated lent to Germany both by the flotation of German securities in the United States and by the direct invest- ment in Germany. In addition to this, the United Stated lent to Germany on short term an amount estimated at 1. 3 billion dollars in 1929, which proved later to be a severe element of instability. The dollars that Germany received as loans from the United States were used in part to pay her reparation installments to the allies, who in turn used the proceeds to pay their debts to the United States. The money thus flowed baek to whence it had come originally and the net effect was that in so far as payments were made the indebtedness of Germany was substituted for that of the allies. In spite of this delusion, at least

1. Soule, *op. cit.*, p. 252 ff.

Great Depression. The first was the threatening inflation of 1924, which resulted from an overextension of agricultural credit. But it was quickly suppressed by a policy of strict rationing of credit. The second occasion was the stock exchange speculation of 1927 which was also successfully suppressed by restricting credit for speculative purposes. The industrial picture of Germany during the période was dominated by the post-inflation rationalisation movement and the liquidation of many unwieldy concerns and combines which had been formed under the impetus of the inflation.[1]

The wave of currency stabilisation that started with the German stabilisation continued during the greater part of the remaining twenties. We have seen that the German stabilisation was actually a repudiation of the old currency and the creation of a new one. Other countries stabilised their existing currencies, only at a reduced value, including Belgium, France and Italy. On April 23, 1925, however, England was back on the gold standard at the old parity and the Bank of England was allowed to sell gold at that price in bars of about 400 ounces for the purpose of export. The stabilisation movement was concluded with the French restoration of the gold standard under Poincaré in 1928 at about one fifth of its prewar parity.

The restored gold standard, however, had to contend with severe strains which were ultimately to succeed in bringing about its downfall. We have already referred to the reparations tangle and the difficulties that faced Germany in making the annual payments, entailing the disasterous occupation of the Ruhr. The United States of course had no direct relation with the reparation problem since she demanded no payments from Germany. In August 1922, however, England notified her war-debtors that she would collect from them only enough to pay her debts to the United States. With this manoeuvre, the debts of the United States became tied up with the receipt of reparations from Germany. And the United States had to recognise that, although interallied debts and reparations had no legal connection, yet from a practical point of view, they were actually connected. Therefore, when the Dawes plan scaled down the reparations payments of Germany, the United States also scaled down the interallied debts by percentages which ranged from 29.8 for Finland to 80.2 for Italy. In spite of these arrangements, the payment of both reparations and interallied debts encountered severe

1. See J.A. Schumpeter, *Business Cycles*, vol. II, ch. 14.

budget, large reparations payments, and the need for the importation of large amounts of foodstuffs. But her conditions immediately after the war were not much worse than those in the other major nations involved in the war. The incident that gave vent to these elements of instability was the occupation of the Ruhr. This occupation proved to be costly to both Germany and France and still it was ineffective. This state of affairs finally convinced the French government to withdraw her troops. But not until a great deal of maladjustment had ensued. On November 20, 1923, the American dollar was selling on the Berlin exchange at the rate of 4.2 trillion mark for the dollar. In addition, the British coal industry enjoyed a temporary unsound prosperity that was to be followed by great distress. The German economy does not seem, on balance, to have suffered greatly from the inflation. Its largest loss was on current transactions in merchandise because of the unfavorable rate of exchange. And this was even more than compensated by the large gains which Germany made on the sale of its money abroad since inflation amounted actually to a repudiation. The only serious effects seem to have been the redistributive effects which almost wiped out the entire German middle class.[1] With the inflation of the mark out of the way, however, Germany soon became the first country to reestablish the gold standard. The stabilisation of the mark was the work of Dr. Schacht.[2] On november 12, 1923, he was given wide powers to undertake the job which others had refused to risk undertaking. The experiment of the Rentenmark, queer as it was, proved to be highly successful and gave an clear illustration of the importance of confidence in economic events. The final step was taken when the Act of August 1924, providing for the reorganisation of the Reischsbank, put Germany on a gold exchange standard with a minimum reserve requirement of both gold and foreign exchange of 40% provided that the percentage of gold reserve does not fall below 30%. The main source of inflation, the discount of Treasury bills, was finally obliterated by the explicit admission in the act of the independence of the bank from the government. A maximum to the amount of Treasury bills that could be discounted at the bank was fixed at 400 million marks. And the bank in fact refused to lend the government any more when this limit was reached. Only on two occasions was there any threat to the stability of the currency until the

1. See F. D. Graham, *Exchange, Prices and Production in Hyperinflation Germany*, 1930.

2. See K. Bopp, *Hjalmar Schacht, Central Banker*, 1939.

the recession of 1927 and to cooperate with England to enable her to maintain the gold standard, but was also the result of the vast surplus funds of business that came to the stock market to seek the returm which could not be obtained in the business field. And to the extent that these funds dominated the market, checking the speculative boom was outside the hands of the Federal authorities. In this manner the collapse of the new era that seems to have been due in 1927 was postponed until the stock market crash in 1929.

Aside from the cyclical aspects in England and the United States. the period from 1923 to 1929 was pregnant with international occurrences of great importance. Away from the focus of international events, Japan started in 1923 to have a story of disaster that prevented her from concentrating her attention on solving her imminent population problem, and this contributed to the subsequent Japanese aggression. The catastrophe of the earthquake of 1923 not only inflicted its direct effects, but was indirectly the cause of the Japanese panic of 1927 because of the unsound loans that the Bank of Japan felt obliged to give in order to bridge the country over its losses.

More important than this, however, from the point of view of the immediate future, was the reparations tangle between Germany and the allied powers. The London Ultimatum and Schedule of payments of May 1921 fixed the amount of reparations at 33 billion dollars and Germany was required to make annual payments of 275 million for the period 1921—1925 and of 900 million thereafter. Under the pretext of a slight default, French and Belgian troops occupied the Ruhr in January 1923 as a means of coercing Germany into making full payment. The German government, however, objected to the occupation and decided to follow a policy of passive resistence. Workmen who refused to work under the French occupation were given a liberal dole; merchants whose goods were confiscated by the French were given liberal compensation; and so forth. The thing which is important here is the way in which the passive resistence was financed. It was financed almost solely by the discounting of Treasury bills with the Reichsbank.[1] This policy was the proximate cause of the spectacular inflation of the mark that was to follow. Of course, it was not the sole cause. Immediately after the war, Germany was confronted with a series of serious elements of instability in the form of an unbalanced

1. See S. Flink, *The German Reichsbank and Economic Germany*, 1930.

was moderated by the coordinated efforts of the newly created Open Market Committee. In 1925, the economy was advancing again, with the market for durable goods acquiring a steadily increasing importance. Durable goods production, including buildings, automobiles and others, was in fact the most active element in the subsequent expansion. This expansion was accompanied by immense gains in productivity. The index of man-hours per unit of output in manufactutring fell from 74 in 1919 to 42 in 1929. This gain was not limited to the industrial sphere, for agriculture made similar though less spectacular gains, the same index falling from 84 in 1919 to 67 in 1929. Apart from this, however, agriculture did not share in the general prosperity. Wage earners were certainly better off with a gain in per capita real earnings of about 15%. The greatest beneficiaries of the increase in productivity were, however, corporation owners, whose growing profits were not only used in distributing larger dividends, but were also used for accumulating vast surpluses which altered the methods of business finance, and played an important role in the speculative mania that preceded the stockmarket crash in 1929. Signs of the underlying strain beneath the outward appearance of soundness were evident in the recession of 1927. In that year, consumers' spending fell off because of the limited purchasing power of wage earners and farmers. Most conspicuous was the fall in the purchase durables. Automobile purchases declined. So did residential construction and the purchase of producers' durable goods. In spite of all this, however, the boom kept on expanding. The crucial factor here was that, while the business recession was occuring, the stock market kept on rising. A major factor in making possible such a marked discrepancy between the behavior of the stockmarket and that of commodity markets was the general belief in a new era of prosperity which had been attained, and since the commodity price indices did not fluctuate, that the economy was not in danger. This was not only a popular belief, for even well informed observers came to the conclusion that the public must have been right when they saw the persistent stability of commodity prices. Because of previous experience, when the collapse of the Florida real estate boom failed to inflict serious effects on the economy, people also believed that legitimate business must be somehow isolated from speculative activity. If we add to this the effect of easy money on the general optimism, the case becomes clear why the stock market continued to rise and even carried with it the whole economy. Easy money was not only the result of the policy of the Federal Reserve System, which sought to moderate

such developments were the "unsheltered trades" — those exposed to foreign competition — and particularly the export trades. The adjustment between sheltered and unsheltered trades and between both and foreign conditions should have been accomplished by adjusting relative wages. Such adjustment, however, was not vigorously forthcoming. Instead, it was slow and hesitating. Several reasons have been offered as an explanation. One reason was that the adjustments that were needed were much too large to be effected by the direction of new recruits, which is the common way of adjustment under normal circumstances. As to large shifts of workers among the different industries, the difficulties were great, for on the one hand, the hope that demand will revive reduced the incentive to such movements, and on the other hand, even if such incentive was present, it was hard for the workers to decide where to go. An illustration of such difficulties was afforded by the fact that movement in the overcrowded engineering industries was nevertheless continuing. The lack of flexibility in the wage rates of the sheltered industries was a factor tending to aggravate the maladjustment.[1] It must be noted here that the flexibility in the wage rates which was desirable was flexibility with regard to long run changes in the economic conditions of England. The plausibility of such an explanation of the incompleteness of the recovery in England depends on the fact that Pigou limits his analysis to the period ending in 1925. In that year, England went back on the gold standard at the old parity. The resulting overvaluation of the pound imposed upon the country's economy the impossible task, not only of adjusting the relationship between the sheltered and the unsheltered industries, but also of adjusting both to the falling level of world prices. Illustration of the hardships involved in such a task was vividly furnished by the industrial unrest of 1926.[2]

In the United States, the end of the depression marked the beginning of a "New Era" of economic prosperity that was almost uninterrupted except for two minor recessions. As soon as the inventory losses that had been suffered during the postwar collapse had been absorbed, the economy was again on its feet. In 1924, signs of overproduction started to appear together with the symptoms of correction in the form of inventory reductions. But the recession was slight and

1. See Pigou. *op. cit.*, pp. 40-55.

2. See J. N. Jones, *Britain in Depression*, a volume edited by the British Association, pp. 3-21,

the conference again condemned obstacles to free international trade, such as tariff changes for the purposes of economic warfare, import and export prohibitions, instability of legal and administrative measures, and it recommended freeing raw materials from duties (except fiscal duties) and the adoption of the most-favored nation clause. All these measures were hence aimed at the liberation of international trade.[1]

One particular country was in the meantime experiencing its own particular development, which was to acquire importance as time went on. This country was Russia. By 1921, Russia had gotten over her period of war communism and embarked on the New Economic Policy. Land had been seized by the peasants after the first revolution, and soviets were established in the factories, with the result that production fell drastically. After the second revolution, extreme centralisation of control to meet the dangers of counterrevolution, of war and of insurrection, coupled with the militarisation of industrial workers and the requisition of agricultural products, resulted in serious discontent. War communism also saw no need for money, and the rouble was left to depreciate rapidly as the best way for its destruction. These unsatisfactory conditions, however, were gradually giving place to more progressive conditions. The New Economic Policy with its restoration of money, and the temporary concessions to private trading, ushered in the period of planned development.

IV

With the end of depression, economic progress was resumed in the world. In England, recovery from the postwar depression did not come until the beginning of 1923. When it came, however, it was only partial recovery. "The monetary slump was over, but employment was still, according to prewar standards, extremely bad." (Pigou) During the subsequent period of recovery, unemployment was never below 9%. Pigou explains this situation by referring to the failure to accomplish the necessary adjustment to the changed conditions. During the war, there had been strong shifts in demand conditions. A number of foreign countries had started to produce for themselves. Substantial decrease in British foreign investments put new burdens on the export industries. And agricultural production was increased by the large acreage and the technical improvements in the New World and became a source of strenuous competition to European production. The hardest hit by

1. League of Nations, *Commercial Policy in the Interwar Period*, ch. 2.

prices rose at the same time. When, however, American prices too fell because of the depression, the burden of adjusting British prices was certain to prove unbearable. One advantage, nevertheless, was reaped from the depression fall in American prices and this was that they fell relatively less than the British prices, with the consequence of substantial improvement in the sterling exchange.

In the United States, the major problem arising from the depression was the plight of the farmer. In fact, the farmers were the group that was the hardest hit by the depression. This was especially true of those among them who had bought during the boom, or borrowed to buy. The other economic groups were relativey better off. Although there was neither unemployment insurance nor organised government relief, those in the labor group who remained employed enjoyed higher real earnings. The business group was of course the least hit, particularly big business, which did not seem to have been affected by the depression and continued to pay out dividends and interest all during the depression out of the huge surplus that they had accumulated during the war.

While the depression was running its course, two important attempts at international collaboration took place in the form of the Brussels Conference of October 1920, and the Geneva Conference of 1922. The first conference aimed at stabilisation in the monetary field and the ultimate restoration of the gold standard. It also undertook several specific reforms for the resumption of international trade. Some writers attribute to the recommendations of the conference an important role in causing the postwar depression, on the basis that its recommendation of stabilisation broke the bullish market.[1] The second conference in 1922 mainly repeated the recommendations of the first, with this difference that it advocated a gold exchange standard instead of a pure gold standard. "A participating country," said resolution 11 (3), "in addition to any gold reserves held at home, may maintain in any other participating country reserves of approved assets in the form of bank balances, bills, short term securities, or other suitable liquid resources." To establish such a standard, the participating countries should balance their budgets, fix gold parities, establish free exchange markets, and encourage cooperation among the central banks. This cooperation among central banks was to be arranged by a meeting which never eventuated. And therefore international control over the value of gold remained absent.[2] With regard to commercial policy,

1. See J. P. Day, *op. cit.*, pp. 42 ff.

2. See League of Nations, *International Currency Experience*, Ch. 2.

economy with the duty of absorbing, within little more than a year, a decline in government demands of about one quarter of the total national income. Building activity was hesitant, partly because mortgage loans were almost unobtainable, and partly because, being a long-term investment, the prospects of the continuation of high levels of rent were not bright. The traditional role of speculation was also there, private credit being to a large extent employed for speculative purposes, a fact which may be taken as an excuse for the Federal Reserve policy of restricting credit. The Federal Reserve Board noticed that short term credits were renewed instead of being paid off as they are supposed to be. They therefore warned member banks against renewal and raised the discount rate. By itself, however, such policy would not have been sufficient to cause the collapse. Other theories of the postwar collapse, such as the theory which attributes it to a buyers' strike against high prices, or the theory that it was the result of the deliberate policy of the banking interests which profit from deflation because of their creditor position, do not seem to have found wide acceptance.

During the postwar depression, a basic change in British foreign trade policy occurred through the enactment of the Safeguarding of Industries Act in 1921. The object of the act was to provide protection for certain key products. This was to be ensured by a 33 % tariff for the protection of these products. The same tariff was also imposed for protection against exchange dumping, that is, against the importation from countries with depreciated exchanges; and against price dumping, that is, against commodities sold below their cost of production in the country of manufacture. Automobile importation also come under the tariff, but only as a luxury. With the passage of the Safeguarding of Industries Act, England abandoned her traditional policy of free trade. On the monetary side, on the contrary, the policy of the country was to revert to orthodoxy, through the avowed intention to reestablish the gold standard and at the old parity. Apart from considerations of international prestige and honesty, it looks as though the attempt of the British to obtain a high sterling return on their overseas investments played a large part in this policy. At any rate, a necessary preliminary to reestablishing the gold standard was the restoration of the prewar relationship between the British and the other national levels of prices. In particular, it was necessary to reduce the level of British prices relative to that of American prices. The best that could happen was a reduction in British prices while American

take their place".[1] This, however, was only the major force at work. The high bank rate seems in addition to have had some effect, although this effect was largely psychological rather than an actual impact on the supply of money. The maintenance of the high rate of 7% for nearly a year after the decline had started was certainly an aggravating factor in the slump. It was, however, part of the conscious deflationary policy of the country which aimed at facilitating the return to the gold standard. Over and above all this, the slump fed upon itself in several ways. Wages continued to rise for some six months after the downturn in prices. Financial difficulties beset those who had bought capital during the boom at the inflated prices. And as the slump spread and became more serious, foreigners started to cancel their orders in England. Amidst this general decline, however, one item escaped the fall and instead even increased. This was the index of real wages which rose to about 11% above the prewar level. Pigou explains this phenomenon by the fact that the effects of the war were primarily dislocations rather than actual destruction of capital equipment which means that the requisites for a high level of productivity were not lacking. There is room to suspect, however, that the increased power of trade unions had a great deal of influence in this repect.[2]

The collapse of the boom in the United States was also severe. Wholesale prices fell from a level of 227 % in 1920 to a low of 150% in 1921. Industrial production declined from 40.1 billion dollars to 37.6 billion. And unemployment in 1921 was estimated at 4.75 million. The primary factor in this decline was the reduction in the demand for exports, especially of farm products. This was the beginning of a severe plight for agriculture. The story began with the great expansion of agricultural production consequent on the huge war demands. This demand was, however, only temporary. And when Europe resumed its normal agricultural activity after the war, surplus production was bound to appear. This is what happened. Although the existence of surplus production was temporarily hidden by the speculative activity in agricultural commodities, the real situation soon became clear and agricultural prices dropped sharply. An additional source of the reduced demand was the decline in government expenditure. The government suddenly started to spend less than it received, thus burdening the

---

1. *Op. cit.*, p. 188.

2. Pigou, *op. cit.*, pp. 208-211, and cf. Hirst, *op. cit.*, Ch. 3.

effective credit restriction. And it was this force that ultimately led the boom to expand to unwholesome dimensions. But in the meantime other forces equally or less important were also at work. The most important of these was the continuation after the war of the high level of exports particularly bolstered by the immediate postwar need for relief in Europe and by private lending abroad for financing foreign purchases for reconstruction. Other factors of a semi-passive character included the continuation of government spending on a high level well into 1919, and the absence of great technical difficulties in the conversion of plant and equipment to civilian production. However, a factor that seemed to be acquiring increasing importance was the demand for automobiles. The rest of consumers' demand did not play a large role since consumers were deprived of very little during the war. The result of these forces was a slight rise in the gross national product, but accompanied with a rise of 33% in prices during the period of the boom.[1]

III

The boom came to an end by the beginning of 1920. The crash seems to have started in Japan, where some ascribe it to the action of the Bank of Japan by which it raised its discount rate for the purpose of curbing inflation.[2] Although one may be skeptical about the validity of a such purely monetary explanation, the interesting thing is that the rest of the world soon started to experience a similar deflation. In England, wholesale prices dropped from a high of 225% above the prewar level in may 1920 to a low of 55% above she prewar level in 1922. And at the bottom of the slump, April-June 1921, unemployment was around 22-23 %. This very high level of unemployment however is to be accounted for in part by the coal strike of that year. Pigou considers the slump, taken as a whole, as predominantly a home-market decline. "It was probably mainly associated with the cessation in the process of building up additional working capital".[3] This cessation undoubtedly has to be explained by the changed attitude of business. The major factor in influencing this attitude appears to have been the termination of the work of reconstruction. When the various tasks of rehabilitation and reconstruction "have been carried so far as it was found practicable to carry them", says Pigou, "there was nothing obvious to

1. See G. Soule, *op. cit.*, Ch. 4.
2. See J. P. Day, *op. cit.* p. 45
3. A. C. Pigou, *op. cit.*, p. 73

Nevertheless, however great the hardships of postwar adjustment to the peace-time economy, they soon became absorbed in the activities of the postwar boom. In England, employment increased about 3% during the postwar boom from April 1919 to April 1920 In spite of this, however, production in England during the boom was still about 10% less than production in 1913. Pigou explains this by the still large amount of unemployment that persisted during the first part of the boom, together with the postwar reduction in the working day and the deterioration of equipment during the war. The export market too was still hampered by prohibitions and restrictions.

The boom is usually characterised as a boom in working capital which arose from business confidence in the prospects for the future. The basis of this optimism clearly lay in the "immense amount of work" that was needed for postwar reconstruction. But several other factors were also important. First of these was probably the removal of wartime controls. During the war these controls had been gradually tightened from a stage of intervention through collective agreements, to one of compulsory price-fixing, to still another of requisition and direct allocation. The main arguments in favor of retaining control in certain fields were the necessity for the protection of key industries or its desirability to promote operational efficiency, such as had been the case with railroads during the war. But trade interests were against the maintenance of controls, and the government agreed to their point of view. Thus, shortly after the end of the war, wartime controls were removed.

The second important factor in encouraging business optimism was the extention of private credit. The reluctance of the country to impose hardship on its internal activity for the sake of protecting its gold reserves, by raising the discount rate, led to the formal abandonment of the gold standard in March 1919. This gave the Bank of England wide freedom in its internal credit policy, a freedom which was used for promoting and accentuating the scale of the boom. Thus, between April 1919 and April 1920, the British price index rose by 56%.

In the United States, a similar boom was experienced. The nature of this boom seems to have been similar to that of England, that is, speculative accumulation of inventories was its main source. This speculation was also financed by the expansion of bank credit using government bonds as collateral. The role played by government bonds, coupled with the need of the treasury for funds after the war, hampered

Nor was the attitude of mind with which the world attacked its postwar problems immune from the war. The great catastrophe had shocked people's faith in the world and its existing institutions, and led to a strong predisposition for discarding hitherto accepted standards in favor of a strong urge for experimentation. This, together with the pressure of events, greatly colored the efforts of the postwar period. And to the extent that experimentation was laden with errors and blunder, the problems of maladjustmmnt acquired additional force and confusion and further dragged the world into the abyss of dislocation.

II

The immediate problem that faced the nations just emerging from the war was the problem of rehabilitation and reconversion. Generally speaking, after the first world war there were no elaborate plans for ensuring a smooth transition from war to peace.

In England, the government was aware of the seriousness of the problem, and attempted to make arrangements with other countries, with public bodies and with important industries to place large orders that can serve as a substitute for the vanishing government demand. To counteract the still disturbing possibilities of dislocation from the the sudden throwing on the labor market of the large numbers demobilised, the government, in addition, secured legistative measures to maintain the level of wages in the period immediately following the war, an to provide for an "out-of-work donation". The result of these measures, says Professor Pigou, was that "at no time throughout the period covered by the transfer did the number of persons involuntarily out-of-work...rise appreciably above the million mark".[1]

In the United States, planning for postwar rehabilitation was even more markedly absent. Orders for the cessation of war production included little relief for the 9 million persons engaged in the war industries, and the entire armed force of 4 million men was demobilised within one year from armistice day. In neither case was there any adequate official plan for re-placement; the job of re-placement was primarily left to the efforts of voluntary bodies. It is estimated that post-armistice unemployment stood in February 1919 at 3 million.[2]

1. A. C. Pigou, *Aspects of British Economic History, 1918-1935*, 1947, pp. 1-34.

2. G. Soule, *Prosperity Decade*, 1947, Ch. 4.

The maladjustment was both internal and external. On the internal side, the war had resulted in a reshuffling of economic resources to meet the war needs, which had somehow to be readjusted after the war to the requirements of a peace-time economy. War finance contributed a considerable accumulation of national debts which greatly increased the difficulties of the governments in balancing their budgets. The extent of the accumulation of national debts is shown by the fact that forty leading nations came out of the war period with their national debts totaling 190 billion dollars above their 1914 level.[1]

On the international side, the dislocation was even worse. During the war, former channels of international trade had been obliterated, while new suppliers appeared to take advantage of the broken connections. Some of these were national infant industries which were subsequently to clamour for protection. Some were new foreign sources of supply that had after the war was over to contend with the original sources of supply, national or foreign. Major nations emerged from the war only to find themselves confronted with a severe alteration in their international economic position. The United Stated emerged as a creditor nation which refused to accept the requirements of its new position. England, dependent upon imports, could not easily adjust the structure of her economy to meet the consequences of her reduced overseas investments. Germany, under the pressure of her obligations, had to change from an import-surplus country to an export-surplus one. New nationalities were soon to appear with little regard to their economic vitality. The legacy of international debts and of reparations that the war left over was soon to be a disruptive influence amidst the efforts towards adjustment.

The world, therefore, had a truely vast problem to deal with. In dealing with it, it was only natural to expect each of the interests concerned to be alertly on its guard to shift the bruden of the necessary adjustment whenever possible. When governments gave in, as in many cases they did, to the pressures of the different interests, an additional source of maladjustment appeared, although the object was not infrequently the slowing down of the adjustment rather than its avoidance.

---

1. J. P. Day, *An Introduction to World Economic History Since the Great War*, 1939, p. 26.

SOME ASPECTS OF THE ECONOMIC HISTORY OF THE INTERWAR PERIOD (1918-1939)

By

M. I. GHOZLAN*

I

When the German armistice was signed on November 11, 1918, World War I was over. But it was over only in so far as the armed hostilities had ceased. Beyond these, it left a trail of consequences with which the world had bitterly to contend in the subsequent years.

It is not easy to minimize the material losses that the war had inflicted in the form of direct destruction of physical resources, particularly the appalling loss of life of over 33 million casualties,[1] and in the form of indirect destruction through the hindering of maintenance and progress, by diverting effort to the unproductive applications of the war.

And yet, comparatively speaking, this was the less significant part of the dammage done by the war—a part which the world could get over in a considerably shorter time. The other part, the more significant, continued to haunt the economies of the world, if not unassisted, for two decades, until another war came to the rescue. This was the legacy of the war in the form of dislocations and maladjustments.

The situation after the war was very aptly described in a famous quotation of M. Theunis, President of the World Economic Conference held at Geneva in 1927. "The eight years of postwar experience," he said, "have demonstrated the outstanding fact that, except in the actual fields of conflict, the dislocation caused by the war was immensely more serious than the actual destruction."

---

* The author is Lecturer in Economics at the Law School, University of Alexandria.

1. See F. W. Hirst, *The Consequences of the War to Great Britain*, 1934, p. 295.

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

Fondateur de la Revue : *Dr. ZAKI ABD-EL MOUTAAL*

Directeur de la Rédaction : *Dr. ANWAR SULTAN*

8ème ANNÉE, 1958 — 1959
Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE
1959

"Majallat Al-Hoqouq"

(REVUE DE DROIT)

POUR LES ÉTUDES JURIDIQUES ET ÉCONOMIQUES

PUBLIEE PAR LA FACULTÉ DE DROIT
DE L'UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE

8ème ANNÉE, 1958 — 1959
Nos. 1 et 2

IMP. UNIVERSITÉ D'ALEXANDRIE
1959